فهذا النص حاسم فى استحقاق الزوجة الكتابية للنفقة من زوجها المسلم كما أنه قاطع فى استحقاق الزوجة لدى غير المسلمين للنفقة حتى ولو كانت مختلفة مع زوجها فى الملة أو الدين، وبالطبع حسناً فعل المقنن المصرى .

وقد سار القضاء المصرى على ذات النهج، فقد قضى [1] " بأن الزوجة وإن كانت ذمية وطلقها زوجها الذى أسلم فإنها على خلاف الأصل من أن الذمية لا عدة لها تبقى معتدة ومحتبسة على ذمة زوجها المسلم حتى يبرأ الرحم وإذا ما ثبتت العدة ثبت للزوجة النفقة على زوجها حتى تنتهى العدة " .

وقضى أيضاً [2] بأنه : " لما كان القانون المصرى متعدد الشرائع فى مسائل الأحوال الشخصية تبعاً للديانات المختلفة ومدى اتحاد غير المسلمين

---

(1)القانون رقم 25 لسنة 1920م والمعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م .

(2)حكم لمحكمة الإسكندرية الابتدائية – جلسة 30 / 12 / 1963م فى القضية رقم 12 لسنة 1962م ملى مستأنف صالح حنفى – قضاء الأحوال الشخصية نفساً ومالا – دار الكاتب العربى – القاهرة – بند 513 – صـ300، وقد قضى بخلاف ذلك فى هذا قضاء محكمة المنيا الابتدائية الشرعية بقولها : " النفقة وجبت جزاء الاحتباس والذمية المطلقة غير محتبسة لحق الشرع ولا لحق الزوج والمرجع فى التكاليف وتحديد الحقوق والواجبات إلى الشرع، والشرع لم يكلف الذمية بالعدة وكل حق فى مقابل واجب، إذ لا عدة فلا نفقة " الصادر بتاريخ 5 / 12 / 1943م، الأستاذ/ صالح حنفى – المرجع فى قضاء الأحوال الشخصية – صـ97، ومشار إليه لدى م/ أنور العمروسى موسوعة الأحوال – 2003م – صـ210، وواضح أن هذا الحكم قد بنى على الراجح من مذهب أبى حنيفة حيث قال : أن الذمية إذا لم تكن حاملاً وطلقت فلا عدة عليها إذ كان يعتقدون ذلك، ولأنا أمرنا بتركهم وما يدينون " انظر ذلك بالتفصيل لدى : الشيخ/ المراغى – التشريع الإسلامى لغير المسلمين – صـ62 وما بعدها –

أو اختلافهما فى الملة والطائفة فإن تطبيق شرائعها الخاصة عند الاتحاد والشريعة الإسلامية عند الاختلاف "

وقضى [1] بما هو أشد من ذلك " فالمسيحى الذى يعتنق دين الإسلام هرباً من دفع نفقة محكوم عليه بها من البطركخانة المختصة حينما كان مسيحياً يعد محتالاً على القانون ويجب على القضاء أن يأخذه بحكم النفقة ويقضى بنفاذه "

وفى قضاء زواج الأجانب، تعتبر شريعة غير المسلمين هى القانون الواجب تطبيقه على النفقة مادام أنهما قد اتحدا فى الدين والملة وإلا فلا[2]

وهناك حالة يشترط فيها اتحاد الدين والملة بين الزوجين من أجل استحقاق نفقة الزوجية وهى الحالة التى تلتزم فيها الزوجة بالإنفاق على زوجها وذلك عند الأقباط الأرثوذكس والأرمن الأرثوذكس والأقباط

=محكمة استئناف الإسكندرية فى 19 / 6 / 1965م، استئناف رقم 6 لسة 20 قضائية أجانب، ومشار إليه لدى : صالح حنفى – قضاء الأحوال الشخصية نفساً ومالاً – بند 274 – صـ166 .

(1)الحكم لمحكمة اللبان الجزئية فى 13 / 5 / 1956م – مجلة المحاماة السنة 7 – صـ606 رقم 404 – المستشار/ محمد عابدين – قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين مع أحكام النقض ... – صـ82 .

(2)وذلك فى قضية تتلخص فى أن يونانيا غير مسلم تزوج مصرية من مثله نصرانية أرثوذكسية وطالبا بالطلاق والنفقة للزوجة ... وبما أنه عن النفقة فإن المادة 14 من لائحة الشريعة الأرثوذكسية تنص على أن .... أذهى الشريعة الواجبة التطبيق لاتحاد الزوجين دينا ومذهباً " حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية فى 6 / 10 / 1953م – مجلة التشريع والقضاء السنة 6 العدد 19 – 15 أكتوبر 1954م حكم رقم 76 – صـ349، 353، مشار إليه لدى : د/ جابرعبد الرحمن – تنازع القوانين – دار النهضة العربية 1969م – صـ319 .

الكاثوليك والسريان الأرثوذكس، وذلك فى حالة عجز الزوج عن الكسب، وقدرة الزوجة على الإنفاق، فهنا يأتى الشرط الماثل وهو اتحاد الدين والملة بين الزوجين تنفيذاً للمادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000م، ومن ثم إذا اختلف الدين أو الملة بين الزوجين وجب إعمال حكم القانون العام والشريعة العامة والذى بمقتضاه لا يجب على الزوجة نفقة الزوجية حتى ولو كان الزوج عاجزاً (1)

ولو رجعنا القهقرى إلى شريعة اليهود لوجدناها تمنع زواج اليهود من غيرهم أصلاً (2) فهى لا تجيز زواج يهودى من غير يهودية ولا يهودية من غير يهودى، ومن ثم فإن اختلاف الدين لديهم بين الزوجين غير متصور.

وبالتالى لا أثر له على نفقة الزوجية، وذلك طبقاً لهذا المسلك المانع لاختلاف الدين بين الزوجين ابتداء ومن ثم آثاراً.

وفى القانون اليونانى يمتنع الزواج بين مسيحى وشخص معتنق لديانة أخرى (3)

---

(1)قريباً من هذا : د/ عبد الناصر توفيق العطار – أحكام الأسرة عند المسيحيين المصريين – بند 55 صـ110، 111 .

(2)انظر فى هذا الأحكام العبرية – تأليف العالم الفرنسى [دى بفى] وترجمه إلى العربية وأضاف إليه مقارنات بالشريعة الإسلامية القاضى المصرى / محمد صبرى – صـ376، د/ أحمد شلبى – مقارنة الأديان اليهودية – مكتبة النهضة المصرية – صـ277، أ/ السيد محمد عاشور – مركز المرأة فى الشريعة اليهودية – صـ25، د/محمد على الصافورى – نظرات فى شريعة اليهود – 1995م – صـ118 .

(3)انظر المادة 1353 من القانون المدنى اليونانى رقم 2250 لسنة 1940م . أ/ كامل عثمان – المرشد ... – صـ294

فهذا منع ابتدائى لانعقاد الزواج لا يتصور معه القضاء بنفقة الزوجية مع اختلاف الدين، والواقع أن هذا لديهم خاص بزواج الوطنيين أما الأجانب فقد نص على أنه " عند اختلاف الملة أو الديانة يعقد زواج الأشخاص المختلفى الملة أو الديانة وفقاً لطقوس ملة أو ديانة كل منهما مادام أن هذه الملة أو تلك الديانة معترف بها فى اليونان " (1)

ومن ثم يصح أن يترتب على مثل هذا الزواج كافة الآثار ومنها نفقة الزوجية حتى ولو اختلفت الديانة والملة، ومن هنا يمكن القول بأن اختلاف الدين يؤثر على زواج الوطنيين ولا يؤثر على زواج الأجانب.

وبالاطلاع على القانون الفرنسى يظهر أن المقنن الفرنسى (2) لم ينص على اختلاف الدين كمانع من موانع الزواج ولا سبب من أسباب البطلان ولا حالة من حالات الطلاق، وبهذا يتضح أنه ليس لاختلاف الدين بين الزوجين فى فرنسا أى أثر على نفقة الزوجة وذلك فى زواج المواطنين والأجانب على حد سواء.

الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

يتضح من العرض السابق أن هناك أوجهاً للاتفاق وأخرى للاختلاف بين وضع المسألة الماثلة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى.

---

(1)المادة 1371 من القانون المدنى اليونانى رقم 2250 لسنة 1940م . أ/ كامل عثمان – المرشد .. – صـ296 .

(2)انظر بالتفصيل المناسب : د/ حسن الأشمونى، محمد عبد الكريم – مرجع القضاء فى تشريعات الأحوال الشخصية للأجانب الكتاب الأول – التشريع الفرنسى فى الأشخاص – دار النشر للجامعات المصرية – 1950م – صـ62 وما بعدها، د/ عبد الفتاح عبد الباقى – الزواج ... فى القانون الفرنسى .. – صـ8 وما بعدها

فقد اتفقا على ما يلى :-

أولاً :- التسوية فى استحقاق نفقة الزوجية بين الزوجة المسلمة وغير المسلمة بلا تمييز بينهما على أساس من الدين وهو الوضع الذى قننته الاتفاقات الدولية وخاصة اتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة .

ثانياً :- إن الفقه الإسلامى والقانون الوضعى لم يقيما وزنا لاختلاف الدين بين الزوجين فى بيان مقدار النفقة المستحقة فهذا المقدار لا يتأثر بأى شكل باختلاف الدين فالزوجة المسلمة كالزوجة غير المسلمة فى هذا المقدار

ثالثاً :- يتفق الفقه الإسلامى مع القانون الوضعى والشرائع المختلفة فى تحديد موانع الزواج " فى وصفها كمانع " وأن هذه الموانع عند المخالفة لها لا يرتب هذا الزوج نفقة كأثر لقيامه صحيحاً .

ويختلف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى :

فمن جهة أنه لا يتصور اختلاف الزوجين ديانة فى الفقه الإسلامى إلا حالة واحدة وهى الحالة التى يكون الزوج فيها مُسلماً والزوجة كتابية ولا يتصور غير ذلك بخلاف القانون الوضعى والشرائع الأخرى التى يمكن الاختلاف فيها بأشكال متعددة كأن يكون الزوج يهودياً والزوجة نصرانية أو العكس أو يختلفان مذهباً أو طائفة ، وإن اختلاف المذهب فى الفقه الإسلامى لا يؤثر ولا يمنع الزواج بين المسلمين .

ومن جهة ثانية : أن القانون قد جعل الشريعة الإسلامية هى القانون الواجب تطبيقه عند اختلاف الزوجين ديانة وأن الشريعة الإسلامية لم تقم وزناً لهذا الاختلاف بين الزوجين من حيث وجوب النفقة ومقدارها .

ومن جهة ثالثة : فالنفقة فى الفقه الإسلامى لازمة على الزوج وحده بخلاف بعض الشرائع الملية والقوانين كالقانون الفرنسى الذى يجعلها التزاماً تبادلياً .

المطلب الثانى

أثر تغيير أحد الزوجين لدينه على نفقة الزوجية (1)

لاشك أن تغيير أحد الزوجين لدينه قد يؤثر على استحقاق نفقة الزوجية وهذا الأمر يختلف بحسب الشرائع .

ففى الإسلام لا يؤثر اختلاف الزوجين فى الدين اللاحق على الزواج فى الحالات الآتية :-

أولها : إذا أسلم الزوجان بأن دخلا معاً فى الإسلام أو دخل أحدهما ولحق به الآخر فى أثناء العدة " وتبدأ العدة اعتباراً من تاريخ إسلام أحدهما .

وثانيها : إذا أسلم الزوج وكانت الزوجة كتابية ، أو تحولت إلى دين سماوى بعد أن كانت من غير الكتابيات .

---

(1) يقصد من هذا المطلب تغيير أحد الزوجين لدينه الذى تزوجا عليه سواء أدى التغيير الى اختلافهما فى الدين أو اتفاقهما عليه، فقد يتزوج الزوجان وهما غير مسلمين ثم يسلم الزوج مثلاً أو العكس، وقد يتزوجان وهما كاثوليكيان ثم يصبح أحدهما بروتستانتياً فما أثر هذا التغيير الطارئ بعد الزواج على استحقاق النفقة ؟ هذا ما يعالجه المطلب الماثل

وثالثها : إذا كان الزوجان كتابيين وغيَّر أحدهما دينه من يهودى إلى نصرانى أو العكس، فإن هذا التغيير لا يؤثر على استحقاق النفقة فى الإسلام .[1]

أما غير ذلك فهو يؤثر على نفقة الزوجية وله صورتان :[2]

---

(1)وقد استخلصت هذه الحالات الثلاثة من بين ثنايا الكتب الفقهية القديمة . وانظر على سبيل المثال :- السرخسى – المبسوط – جـ5 – صـ44، كمال الدين عبد الواحد – شرح فتح القدير – دار إحياء التراث العربى – بيروت – جـ3 – صـ282 وما بعدها، عبد الحميد طهماز – الفقه الحنفى فى ثوبه الجديد – جـ2 – صـ83 : صـ86، القيروانى – النوادر والزيادات على ما فى المدونة من غيرها من الأمهات – تحقيق د/ محمد حجى – دار الغرب الإسلامى – مجلد 4، صـ587 وما بعدها، الإمام الشافعى – الأم – جـ5 – صـ527، 565، مجد الدين – المحرر فى الفقه الحنبلى – جـ2 – صـ28 : 30، الشوبكى – التوضيح فى الجمع بين المقنع والتقنيح – جـ2 – صـ984، الإمام الزركشى – شرح الزركشى على مختصر الخرقى فى الفقه الحنبلى – مكتبة العبيكان – المجلد 5 – صـ215، أبى بكر الصردفى – المعانى البديعة – جـ2 صـ219، علاء الدين الدمشقى – الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية – تحقيق محمد حامد الفقى – مكتبة السنة المحمدية – صـ226، الشيخ/ ضياء الدين الثمينى – كتاب النيل وشفاء العليل وشرحه للشيخ أطفيش – جـ6 – صـ304 وما بعدها، الشيخ الحلى – الأحكام الجعفرية .... – صـ45 وما بعدها

(2)راجع ذلك بالتفصيل والأدلة والتوجيه مما يضيق المقام عن ذكره ذات المراجع فى الهامش السابق وبذات المواضع . وانظر فى الفقه الحديث – عبد الرحمن الجزيرى – كتاب الفقه على المذاهب الأربعة – قسم الأحوال الشخصية – دار الكتب العلمية – بيروت – جـ4 – صـ199 وما بعدها، د/ بدران أبو العنين بدران – العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين فى الشريعة الإسلامية واليهودية والمسيحية والقانون – دار النهضة العربية – بيروت – صـ138 وما بعدها

الأولى : التغيير إلى الإسلام، فإذا أسلم الزوج وظلت الزوجة على دينها غير الكتابى فإن لم تكن حاملاً فلا نفقة لها حتى تسلم أو تنتهى عدتها بلا نفقة، وأما إذا كانت حاملاً فلها النفقة حتى تضع حملها أو تسلم فى عدتها، أما إذا كانت الزوجة هى التى أسلمت فقد اختلف فيها الفقهاء وأرجح من أقوالهم أن لها النفقة حتى تنقضى عدتها من زوجها أو يسلم .

الثانية : التغيير عن الإسلام " الردة " فإذا ارتد الزوج عن الإسلام فالغالب لدى الفقهاء لزوم نفقة الزوجة عليه حتى تنقضى عدتها منه أو يسلم . وأما إذا كانت الزوجة هى التى ارتدت فالغالب لدى جمهور الفقهاء سقوط النفقة عنها منذ ردتها .

أما عند الإخوة أصحاب الشرائع الملية فى مصر:- فهنا يفرق بين اختلاف الدين وتغيير الدين فالأول قد يكون سابقاً أو مقارناً للزواج أما التغيير فهو لاحق على الزواج، وأما عن الزواج مع الاختلاف فبعض الطوائف تمنعه [1].

---

(1)فهو ممنوع عند الأقباط الأرثوذكس بنص المادة 24 من قانونهم بقولها : " لا يجوز الزواج لدى الكنيسة القبطية الأرثوذكسية إلا بين مسيحيين أرثوذكسيين " وفى الشريعة اليهودية اتحاد الدين والمذهب شرط لصحة العقد، وعند الإنجيليين لا يعتبر اختلاف المذهب مانعاً من الزواج انظر بالتفصيل : م/ إهاب حسن إسماعيل – شرح مبادئ الأحوال الشخصية – دار القاهرة – ط 1 – صـ155، 258، 225 .

ولكنه إذا تم الزواج صحيحاً برغم اختلاف الدين فإنه يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ومن ثم لا أثر لاختلاف الدين عندهم على نفقة الزوجية [1].

أما عن تغيير الدين، فإذا غير أحد الزوجين دينه إلى الإسلام " الزوج " فإن القانون قد حسم هذا الوضع قديماً بأن [2] نص فى المادة السابعة : " لا يؤثر فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة المتقدمة تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى إلا إذا كان التغيير إلى الإسلام فتطبق الفقرة الأولى من المادة السادسة من هذا القانون " ومع صراحة النص الماثل فلا مقال فى عدم تأثر نفقة الزوجة بإسلام الزوج، وهذا يطابق الفقه الإسلامى، أما إذا كان تغيير الدين إلى غير الإسلام بأن انتقل أحد الزوجين من الكاثوليك إلى البروتستينية، أو

---

(1)حيث إن القانون رقم 1 لسنة 2000م وفى مادته الثالثة والتى تقابل المادة السادسة من القانون رقم 61 لسنة 1955م والملغاة بالقانون الحالى، تستلزم لإعمال الشرائع الملية اتحاد الطائفة والملة، وعند الاختلاف يجب إعمال قوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة، وبالرجوع إلى القوانين المشار إليها بالمادة الماثلة يتضح أن المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920م والمعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م تنص على أنه : " تجب النفقة للزوجة على زوجها من .. حتى ولو كانت موسرة أو مختلفة معه فى الدين "

(2)المادة السابعة من القانون رقم 462 لسنة 1955م والملغى بالقانون برقم 1 لسنة 2000م وقد صدر القانون الحالى خالياً من نص مقابل للمادة السابعة بما يفيد ضمناً اتجاه نية المقنن إلى الإبقاء على المادة السابعة من القانون الملغى . انظر فى القول بهذا : م/ حسن حسن منصور – المحيط فى شرح مسائل الأحوال الشخصية – المجلد الثالث 2001م صـ85، والمادة السادسة الملغية والتى يقابلها المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000

من النصرانية إلى اليهودية، فإن أصحاب الشرائع الملية فى مصر يرتبون على هذا التغيير غالباً جواز التطليق . [1]

إلا أن المقنن المصرى قطع عليهم ذلك السبيل بنصه فى المادة الثالثة على خضوع هذا الزواج لقوانين الأحوال الشخصية .. وما لم يرد به نص يخضع للراجح من المذهب الحنفى، وذلك لاختلاف الزوجين ديانة أو مذهباً. [2]

وعلى هذا فلا تأثير لتغيير الدين عند أصحاب الشرائع الملية فى مصر على نفقة الزوجية ولم يعتدّ المقنن المصرى إلا بحالة واحدة وهى حالة ردة الزوجة عن الإسلام فقد نص : " ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت .. " [3]

---

(1)فمن ذلك ما نص عليه قانون الأقباط الأرثوذكس الصادر عام 1938م على أنه " إذا خرج أحد الزوجين عن الدين المسيحى وانقطع الأمل من رجعته إليه جاز الطلاق بناء على طلب الزوج الآخر " وعند الكاثوليك تجوز المفارقة إذا غيَّر أحد الزوجين مذهبه الكاثوليكى – انظر فى العرض والتعليق – إهاب إسماعيل – شرح مبادئ ... – صـ200، 201، 247 .

(2)المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000م .

(3)المادة 1 من القانون رقم 25 لسنة 1920م بأحكام النفقة المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م، وقد قضت محكمة النقض بأن : " الحكم الصادر بالنفقة يحوز حجية مؤقتة فيرد عليه التغيير والتبديل كما يرد عليه الإسقاط بسبب تغيير دواعيها باعتناق الزوج الإسلام لم يعد لحكم النفقة السابق صدوره قبله من المجلس الملى فيما جاوز مدة السنة بعد إيقاع الطلاق واعتبار الحكم المطعون فيه ..." نقض فى 30 / 1 / 1963م والطعن رقم 532 لسنة 26 من المجموعة المدنية لأحكام النقض لسنة 14 عدد 1 قاعدة 14 – صـ189

الموازنة ين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

هناك أوجه للاتفاق وأخرى للاختلاف بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى المسألة المعروضة آنفاً .

★ فقد اتفقا على :

من جهة أولى :- أن إسلام الزوج فى علاقة زوجية بين غير مسلمين وقد ظلت الزوجة كتابية فإن هذا التغيير الدينى لدين الزوج لا يؤثر على نفقة الزوجية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى .

ومن جهة ثانية : أن القانون المصرى قد جعل الشريعة الإسلامية هى المرجعية عند اختلاف الزوجين ديانة أو تغيير أحدهما اللاحق لديانته أو مذهبه أو طائفته وأن الفقه الإسلامى كما سبق لم يجعل لمثل هذا التغيير أى أثر على نفقة الزوجية .

ومن جهة ثالثة : فلا يوجد فى القانون المصرى ما يؤثر على نفقة الزوجية عند إسلام الزوجين معاً وهذا يتفق مع مسلك الفقه الإسلامى فى حال تغيير الزوجين معاً دينهما إلى الإسلامى أو فى أثناء العدة .

★ أوجه الاختلاف

فمن جهة : رتب بعض أصحاب الشرائع الملية الطلاق أثراً لتغيير أحد الزوجين لدينه أو مذهبه أو طائفته وبالتالى انقطاع آثار الزواج والتى منها النفقة بخلاف الفقه الإسلامى الذى لم يقم بالنسبة لهم هذا الأثر . وقد اعتدَّ القانون بما ذهب إليه الفقه الإسلامى .

ومن جهة أخرى : فإن الفقه الإسلامى قد جعل ردة الزوجة سبباً لقطع النفقة عنها أما ردة الزوج فلا يقطع عنه النفقة بل يظل ملزماً بها حتى تنقضى عدتها أما القانون فلم ينص إلا على الحالة التى تغير الزوجة فيها

دينها وترتد عن الإسلام وبالتالى تنقطع عنها نفقة الزوجية وتسقط عن الزوج .

ومن جهة ثالثة : لم يتحدث المقنن عن الحالة التى يسلم فيها الزوج وتظل الزوجة على دينها غير الكتابى، وكذلك الحالة التى تسلم فيها الزوجة ويظل الزوج على دينه بخلاف الفقه الإسلامى الذى نص على هاتين الحالتين والذى يحسن بالمقنن الوضعى اتباعه فى هذا الأمر .

المبحث الرابع

أثر صحة أو فساد الزواج على نفقة الزوجية

تمهيد: الزواج قد يتم صحيحاً أو باطلاً، وقيامه على هذا النحو أو ذاك يؤثر حتماً فى أحكامه التى تترتب عليه وقد تواترت النظم المختلفة على اعتبار الزواج الصحيح هو الذى تجب به نفقة الزوجية، وأن غيره من الزيجات الباطلة والفاسدة لا نفقة عنها، وهذا ما أكده الفقه الإسلامى قديماً وحديثاً[1] وعند الإخوة أصحاب الشرائع الملية فى مصر تجب نفقة الزوجة منذ وقت انعقاد الزواج صحيحاً إلى حين انقضاء الرابطة الزوجية[2] وهو ما قننه القانون المصرى الذى يسرى على الكافة وذلك فى المادة الأولى بقولها: " تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد

---

(1)انظر :- الإمام الكاسانى الحنفى – البدائع ... – جـ1 – صـ330 وما بعدها، الإمام القيروانى المالكى – النوادر والزيادات – مجلد 4 – صـ596 وما بعدها، الإمام الشافعى – الأم – جـ5 – صـ48، الإمام ابن قدامة فى المغنى والشرح الكبير – جـ7 – صـ527 وما بعدها، الشيخ زكريا البرى – الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية صـ134، د/ عبد الكريم زيدان – المفصل فى أحكام الأسرة والبيت المسلم فى الشريعة الإسلامية – مؤسسة الرسالة – ط3 – 1420هـ / 2000م – جـ7 – صـ327

(2)فمن ذلك ما تقضى به المادة 141 من أن نفقة الزوجية تجب على الزوج لزوجته من حين العقد الصحيح " وينص الشراح على أن من شروط استحقاق النفقة أن يكون الزواج صحيحاً ومن هؤلاء . م/ إهاب حسن إسماعيل – شرح مبادئ الأحوال الشخصية .... – صـ298، د/ مصطفى محمد الجمال – قانون الأسرة لغير المسلمين – صـ224، د/ جميل الشرقاوى – الأحوال الشخصية لغير المسلمين – صـ294 وما بعدها .

الصحيح ...."[1] وهو المعول عليه فى تقرير نفقة الزوجية لدى القضاء المصرى فقد قضى بأنه : " من المقرر قانوناً أن نفقة الزوجية واجبة على الزوج لزوجته باعتبارها من أحكام عقد الزواج الصحيح فهى حق من الحقوق الثابتة للزوجة بمقتضى العقد والزوجية الصحيحة ...."[2] وقضى أيضاً بأن : " المقرر فى شريعة الأقباط الأرثوذكس التى تحكم النزاع وجوب نفقة الزوجة على زوجها من حين العقد الصحيح (م/ 141 من قواعدهم ..."[3] وصحة الزواج هو شرط النفقة الزوجية فى القوانين العربية[4]

وفى القانون الفرنسى إذا قام الزواج صحيحاً أنتج آثاره والتى منها النفقة[5] حيث تقضى المادة 203 بأن : يلتزم الزوجان معاً بمجرد عقد الزواج ......"[6]

---

(1)المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920م بأحكام النفقة والمعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م

(2)محكمة الزيتون الجزئية فى 24 / 10 / 1960م – القضية رقم 351 لسنة 1959م – أ/ صالح حنفى – قضاء الأحوال الشخصية نفساً ومالاً – دار الكاتب العربى – القاهرة – صـ304، 305 .

(3)محكمة إسكندرية الجزئية فى 15 / 11 / 1964م – القضية رقم 59 لسنة 1962م، كذا حكمها فى 23 / 2 / 1965م فى القضية رقم 113 لسنة 1963م . أ/ صالح حنفى – قضاء ..... – صـ306، 307

(4)فمن ذلك القانون السورى فى المادة 72 فقرة 1 بقولها : " فى النفقة للزوجة على الزوج ..... من حين العقد الصحيح .... " انظر فى العرض والتعليق، د/ عبد الرحمن الصابونى – نظام الأسرة – سوريا – صـ104، 105 .

(5)د/ عبد الفتاح عبد الباقى – الزواج .... فى القانون الفرنسى – صـ122

(6)فى الشرح والتعليق – د/ حسن الأشمونى، وآخرون – مرجع القضاء فى تشريعات الأحوال الشخصية للأجانب صـ112 .

وفى قضاء الأجانب قضى بأنه " لما كانت النفقة من الآثار المترتبة على عقد الزواج فلا يصح ترتيبها إلا على الزواج الصحيح، أما الزواج الباطل فإنه والعدم سواء، فلا يترتب عليه أية آثار من الآثار القانونية التى هى من خصائص الزواج الصحيح وحده " (1)

ولذلك فالعبرة دائماً فى استحقاق نفقة الزوجية بصحة الزواج مادام كان صحيحاً ترتبت عليه النفقة، أما إذا كان غير صحيح فلا نفقة مترتبة عليه، ولعل سؤالاً يلح بنفسى هنا . ماذا يحدث لو تزوج مصرى غير مسلم من مصرية غير مسلمة أو أجنبية غير مسلمة زواجاً غير صحيح فى نظر الشريعة الإسلامية وهو عندهم صحيح فهل تترتب عليه نفقة زوجية أم لا ؟ هذا ما أحاول الإجابة عليه فى البند التالى :-

الاختلاف حول صحة أوفساد الزواج بين الشريعة الإسلامية والشرائع الملية والقانون المصرى وترتيب نفقة الزوجية عليه :

اتضح مما سبق أن الزواج إن تم بين غير المسلمين وهما مختلفا الملة أو الدين وهذا عندهم ممنوع وغير صحيح، فإن القانون المصرى يرتب على مثل هذه الزيجات النفقة الزوجية ولا يكترث بمحاذير الملل هنا، ولكن قد يتم الزواج هنا على وجه فيه مخالفة للقانون المصرى أو الشريعة الإسلامية وفى ذات الوقت يكون صحيحاً لديهم طبقاً لشرائعهم ومللهم فهل يترتب على هذا الزواج نفقة الزوجية ؟

---

(1)حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى 13 / 1 / 1953م مجلة التشريع والقضاء السنة السادسة العدد 16، حكم رقم 78 – صـ316، 318، مشار إليها عند د/ جابر عبد الرحمن – تنازع القوانين .. – صـ319، 320

وذلك بأن يتزوج غير المسلم من غير المسلمة فى عدتها من زوج سابق، أو كانت إحدى محارمه، أو تزوجها بلا ولى ولا شهود، أو أى مخالفة أخرى . هنا أقول فى البداية بأنه ليس مطلوباً أبداً اتساق شرائع غير المسلمين مع القانون المصرى أو الشرع الإسلامى، وإن أى مخالفة لا تعنى عدم إمكان تطبيق شريعة غير المسلمين وإلا ما أمكن تطبيق أى شيء منها، ولكن إذا كانوا متحدي الملة فما موقف المقنن منهم، وإذا كانوا مختلفي الملة أو الديانة فما الموقف ؟ وما الحل عند عدم وجود نص ؟

هنا أجدنى بين فرضيات ثلاثة : أولها : افتراض أن يكون الزوجان متحدين ملةً وطائفةً . وثانيها : أن يختلفا ملةً أو طائفةً . وثالثها : ألا يوجد نص يحسم المسألة وأرى أن أبدأ بالافتراض الثالث على النحو التالى :-

المطلب الأول :- حيثما لا يوجد نص يحكم المسألة فى القانون المصرى .

المطلب الثانى : عندما يتحد غير المسلمين ملةً وطائفة .

المطلب الثالث : عندما يختلفان ملة أو طائفة .

المطلب الأول

حيثما لا يوجد نص فى القانون المصرى.

فى الواقع أن النصوص القانونية تتناهى والواقع لا يتناهى ومن هنا كان افتراض ألا يوجد نص يحكم صورة من صور الزواج يرى فسادها افتراضاً قائماً على أساس من المنطق والواقع، ولذا جابه المقنن المصرى مثل هذا بنصه فى القانون رقم 262 لسنة 1955م وفى مادته السادسة، وفى القانون رقم 1 لسنة 2000 م وفى مادته الثالثة على أن : " يعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة إذا

فالمرجعية عند عدم النص تكون بالراجح من مذهب أبى حنيفة، وعندما نأوى إلى الفقه الحنفى لنطالع المسألة الماثلة نجدهم قد درسوها وبإسهاب وذلك على النحو التالى :-

وأنكحة غير المسلمين قسمها الفقهاء إلى قسمين . أولهما : ما اقترن به فساد يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع بقاءه، وثانيهما : ما اقترن به فساد يمنع ابتداء النكاح وبقاءه .

أما القسم الأول : الذى اقترن به مفسد يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع بقاءه، فله عدة صور أشهرها ، الزواج بدون شهود أو ولى، والزواج فى أثناء عدة الزوجة من زواج سابق، والزواج على أن يكون المهر خمراً أو خنزيراً أو على أن يكون ميتة أو دماً ، أو على ألا مهر لها . وبعيداً عن كلام الفقهاء فى إقرارهم على هذه الأنكحة وصحتها أو عدم صحتها(1) أما عن استحقاق النفقة عن هذه الزيجات، فلا اعتراض على استحقاق النفقة الزوجية فى حالة الزواج بدون شهود إلا من زفر الذى قال بوجوب التفريق بينهما ، وبالنسبة للزواج فى أثناء العدة فمحمد وأبو يوسف على عدم استحقاق النفقة ووجوب التفريق فى هذه الأنكحة، خلافاً لأبى حنيفة الذى يرى إقرارهم على هذه الزيجات والراجح فى المذهب قول أبى حنيفة لأن العدة لا تنافى بقاء النكاح . ومن ثم هو المعمول به .

(1)وقد سبق بيان ذلك بالتفصيل المناسب فى المبحث التمهيدى من هذا البحث بما لا حاجة معه إلى تكرار ما سبق فيرجع إليه – صـ16 وما بعدها

أما إذا تزوجها على خمر أو خنزير أو على ميتة أو دم أو على ألا مهر لها وبعيداً عن خلاف الفقهاء فى المهر فإن هذه الصورة من الفساد لا تؤثر فى استحقاق النفقة طبقاً للفقه الحنفى .(1)

أما القسم الثانى : وهو كل نكاح بين غير المسلمين لا يصلح ابتداء ولا بقاء وله صور أبرزها نكاح المحارم كمن تزوج أخته أو عمته أو غيرهما من المحرمات بالنسب أو السبب، وكذا بقاء الزوج مع زوجته بعد أن طلقها ثلاثاً .

أما عن النفقة فى حالة نكاح المحارم فإن أبا حنيفة قال لهذه الأنكحة حكم الصحة فيما بينهم ولهذا قال يقضى لها بالنفقة إذا طلبت ذلك من القاضى وخالفه صاحباه فقالا ببطلان هذه الأنكحة ولا نفقة واجبة فيها .

والأصل فى قول أبى حنيفة أن النفقة من ضرورات النكاح وأنها إنما تستحق بالحبس وهذا متحقق فى الصورة التى معنا .

والراجح على ما أرى ما ذهب إليه أبو حنيفة من إيجاب النفقة عن هذه الزيجات حتى ولو لم أوافقه فى صحتها، وذلك لأن النفقة من ضروريات الحياة التى لا تستقيم بدونها .

وأما عن إمساك الزوج للزوجة بعد التطليق ثلاثاً فقد قال الحنفية لو رافعته إلى السلطان فرق بينهما لأنهم يعتقدون أن الطلاق مزيلٌ للنكاح وإن

(1)انظر بالتفصيل : السرخسى – المبسوط – جـ5 – صـ28 وما بعدها، الكاسانى – بدائع الصنائع – جـ 1 صـ310 وما بعدها، الشيخ/ كمال الدين بن عبد الواحد – شرح فتح القدير – جـ3 – صـ285، الصردفى – المعانى البديعية – جـ2 – صـ219 .

كانوا لا يعتقدون فى الحصر فى العدد ثلاثاً، فإمساكه إياها ظلم وأمرنا أن لا نقرهم على ما فيه ظلم، وعلى ذلك فلا يفرض لها نفقة فى مثل هذا الوضع .[1]

ويقاس على ما سبق كل حالة مشابهة، فإذا لم يوجد نص فى القانون المصرى وجب إعمال الراجح فى المذهب الحنفى على النحو الماثل، فيقضى للزوجة بالنفقة أو لا يقضى به كما تبين من هذا المطلب .

المطلب الثانى

عندما يتحد الزوجان ملة وطائفة

رتب المقنن فى المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000 م على اتحاد الزوجين فى الملة والطائفة نتيجة هامة مقتضاها تطبيق شريعتهم الملية ولكن قد تمثل هذه الشريعة فحشاً فى المجتمع وعبثاً بقيمه . من هنا وضع المقنن صمام أمن وهو عدم مخالفة النظام العام المصرى، حيث يقف النظام العام دائماً حائلاً دون تطبيق شرائع غير المسلمين مادام قد انطوت على مساس بكيان المجتمع السياسى أو الاجتماعى أو الاقتصادى، ولقد طبق القضاء المصرى هذا الدفع فى حالات كثيرة منها :-

ما عرض من نزاع على محكمة القاهرة الكلية فى شأن زواج امرأة الأخ المتوفى، حيث إن الشريعة اليهودية تفرض على الأرملة التزوج من أخ المتوفى، فلقد ورد فى المادة السادسة والثلاثين من كتاب الأحوال

---

(1)السرخسى – المبسوط – جـ5 – صـ29 وما بعدها، الكاسانى – بدائع الصنائع – جـ 1 – صـ310 وما بعدها الشيخ/ كمال الدين عبد الواحد – شرح فتح القدير – جـ3 – صـ285 وما بعدها .

الشخصية للإسرائليين [1] ما نصه : " المتوفى زوجها إذا لم يترك أولاداً وكان له شقيق أو أخ لأبيه عدت له زوجة شرعاً ولا تحل لغيره ما دام حياً إلا إذا تبرأ منها " . ولكن المحكمة رأت هذا النص مخالفاً للنظام العام حيث يصطدم بمبدأ حرية الزواج ومبدأ التراضى فى الزواج، ثم استبعدت المادة الماثلة لتطبيق الشريعة الإسلامية خلفاً عنها[2] ومن هنا كان الدفع بالنظام العام مانعاً من القضاء بالنفقة عن مثل هذه الزيجات .

ومن الأمثلة أيضاً : ما سارت عليه بعض الشرائع الملية من حرمان الزوج أو الزوجة من الزواج بعد الحكم بالطلاق إن قام لذلك مبرر فى نظر تلك المجالس كما إذا كان التطليق راجعاً لخطأ الزوج الذى صدر الحكم بحرمانه من الزواج كوقوع ذلك الزوج فى الزنا . كما فى نص المادة 69 من شريعة الأقباط الأرثوذكس لعام 1938م . فهذا النص لا محالة يصطدم مع مبدأ الحرية فى الزواج ومن ثم فهو مخالف للنظام العام [3] .

المطلب الثالث

عندما يختلف الزوجان ملة أو طائفة

فى الواقع أن المقنن المصرى رتب على هذا الاختلاف أثراً هاماً فى المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000 م مقتضاه وجوب تطبيق قانون الأحوال الشخصية والقوانين الصادرة فى شأنه فى منازعات الزواج الذى تم بين غير المسلمين المختلفى الملة أو الطائفة، فلو تزوج أرثوذكسى من

---

(1)فى العرض والتعليق أ/ إهاب حسن إسماعيل – شرح مبادئ الأحوال الشخصية للطوائف الملية – ط1 – 1957م صـ63

(2)القضية رقم 56/1012 بتاريخ 25 / 6 / 1956م – القاهرة الابتدائية . مشار إليها لدى : أ/ إهاب إسماعيل شرح ..... – صـ63 : 65

(3)أ/ إهاب إسماعيل – مبادئ .... – صـ65، 66 .

كاثوليكية أو العكس، أو نصرانى من يهودية أو العكس ولجأ إلى القضاء طلباً للنفقة مثلاً، فإن القاضى سيطرح الشرائع الملية جانباً، وسيعمل القانون رقم 1 لسنة 2000م، وكذا قوانين الأحوال الشخصية الأخرى وإذا لم يوجد نص فى كل ذلك يعمل بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة .

وعلى هذا يمكن القول بأن الزواج إذا تم بين غير المسلمين المختلفى الملة أو الطائفة وشابه فساد فى تكوينه، فإن أحداً من الزوجين لا يملك المطالبة بنفقة الزوجية عن هذا الزواج حيث يمنعه مما يريد أن القانون الذى سيطبق عليه هو القانون الموحد للأحوال الشخصية وهو الأصل فى التطبيق وإعمال الشرائع الملية استثناء على خلاف الأصل العام .

ولذلك إذا كانت الزوجة قد دخل بها الزوج فى عدتها من زواج سابق مثلاً، فإنها لا تستحق نفقة عن هذا الزواج مع إبطال الزواج ذاته، وكذا لو تزوج غير مسلم مثله من ذوات محارمه، أو طلقها ثلاثاً وأقام معها بعد ذلك.

الموزانة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

الظاهر فى المبحث الماثل أن المقنن الوضعى قد استمد كل أحكامه من تنظيم الفقه الإسلامى للمسائل محل البحث هنا ولهذا جاء القانون هنا متفقاً مع الفقه الإسلامى فى العموم، ومن مظاهر ودلائل هذا الاستمداد وذلك الإتفاق :-

أولاً :- أن النفقة الزوجية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى بل وفى الشرائع الملية لا تكون إلا أثراً للزواج الصحيح ومن تاريخ العقد الصحيح، وأن الزواج غير الصحيح لا يترتب عليه نفقة الزوجية .

ثانياً :- أن القانون رتب على عدم وجود نص يحكم مسألة من مسائل الأحوال الشخصية وجوب الرجوع إلى الراجح من مذهب الحنفية غير أن الحنفية قد اختلفوا فيما بينهم فى وصف الزواج الصحيح والفاسد لدى غير المسلمين، وعند الفساد فى الزواج اختلفوا فيما يرتب من هذا الزواج النفقة وما ليس كذلك .

ثالثاً :- رتب المقنن على اتحاد الزوجين ملة وطائفة إعمال الشرائع الملية لهم فى حسم منازعاتهم، وهذا العمل مستمد من الفقه الإسلامى الذى قرر القاعدة الفقهية الشهيرة بتركهم فى أحوالهم الشخصية وما يدينون ما لم يخالفوا النظام العام فى الدولة غير أن القانون أجاز للقاضى إعمال شرائعهم، والفقه الإسلامى منع القاضى من ذلك .

رابعاً : أن المقنن رتب على اختلاف الزوجين ملة أو طائفة وجوب تطبيق قانون الأحوال الشخصية والقوانين الصادرة فى شأنه فى منازعات الزواج بين غير المسلمين .

الباب الثالث

آثار الزواج فى إطار العلاقات الخاصة الدولية

يدور هذا الباب حول الطبيعة القانونية لآثار الزواج فى إطار العلاقات الخاصة الدولية، وذلك بدءاً من القانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج فى القانون الدولى الخاص، ووصولاً إلى استبعاد هذا القانون متى تعارض مع مبادئ النظام العام، وانتهاءً إلى قضية التخلى عن نظر الدعوى فى منازعات آثار الزواج . وذلك فى الفصول الآتية :-

الفصل الأول : القانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج .

الفصل الثانى : استبعاد القانون الواجب تطبيقه "الدفع بالنظام العام" .

الفصل الثالث : التخلى عن نظر الدعوى .

الفصل الأول

القانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج

ويشتمل على ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول : قاعدة الإسناد التى تشير إلى القانون الواجب تطبيقه .

المبحث الثانى : نطاق القانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج .

المبحث الثالث : الاستثناء المقرر لصالح القانون المصر فى آثار الزواج .

وتتركز الدراسة فى الفصل الماثل على قاعدة الإسناد التى تشير إلى القانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج، ثم بيان نطاق تلك القاعدة من حيث ما ينطوى تحتها وما يخرج عن نطاقها، ووصولاً إلى الاستثناء المقرر لصالح القانون المصرى وذلك فى المباحث الثلاثة الآتية :-

المبحث الأول : قاعدة الإسناد .

المبحث الثانى : نطاق القانون واجب التطبيق ومشكلاته .

المبحث الثالث : الاستثناء المقرر لصالح القانون المصرى .

المبحث الأول
قاعدة الإسناد التى تشير إلى القانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج

إن تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولى يتم عن طريق قاعدة إسناد تشير إلى القانون الواجب تطبيقه على العلاقة محل البحث ويتم اختيار هذا القانون عن طريق ضابط يستمد أساساً من معطيات العلاقة ذاتها [1]

فما هى قاعدة الإسناد التى تشير إلى القانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج ؟

للإجابة على هذا السؤال أقسم هذا المبحث إلى مطلبين أخصص الأول منهما لبيان قاعدة الإسناد فى الفقه والقانون المقارن، والثانى لقاعدة الإسناد فى القانون المصرى .

المطلب الأول
قاعدة الإسناد فى الفقه والقانون المقارن .

تعددت الاتجاهات فى شأن قاعدة الإسناد التى تشير إلى القانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج بين الوحداوية والتعددية فى ذلك القانون، وبين قانون الموطن وقانون الجنسية وذلك على النحو الآتى :-

(1)د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – أصول تنازع القوانين – 2004/ 2005م – صـ72 .

الفرع الأول
الوحداوية والتعددية .

إذا قام اتجاه بمقتضاه تعدد القانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج، وذلك التعدد فى القانون الواجب تطبيقه أتى من أحد أمرين بيانهما فيما يلى :-

الأمر الأول :- التعددية عند فقهاء الإسلام .

فرق الفقهاء فى شأن آثار الزواج عند غير المسلمين بين آثار ذلك الزواج من عدة جهات فالمهر الذى لم يقبض قبل تداعى غير المسلمين إلى قاضى المسلمين أو إسلامهما أو أحدهما يخضع عند الجمهور للشريعة الإسلامية ويسرى فى حقهم فى شأن المهر ما يسرى فى حق المسلمين، فإذا كان هذا المهر سمى تسمية فاسدة عدل عنها إلى ما يصح عند المسلمين، والمهر الذى قبض قبل التداعى أو الإسلام يسرى عليه شريعة هؤلاء، سواء كان المهر صحيحاً أو فاسداً، خمراً أو خنزيراً أو غيره مما لا يصح فى حق المسلمين، وكأن التفريق هنا أتى من جهة قبض المهر أو عدم قبضه، وإن تزوجا على ألا مهر لها أو سكتا عن ذكره فلها الحق فى المطالبة بمهر المثل عند التداعى أو الإسلام، وذلك كما فى زواج المسلمين . [1] والواقع

(1)وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية محمد وأبى يوسف – المبسوط للسرخسى – دار المعرفة – بيروت 1409هـ / 1989م – جـ5 – صـ41، وذلك خلافاً لأبى حنيفة الذى سيأتى رأيه فيما بعد، وهو مذهب الشافعية . انظر : القزوينى – العزيز فى شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير – دار الكتب العلمية – بيروت – جـ8 – صـ100 وهو مذهب الحنابلة – المغنى لابن قدامة – دار البصائر – جـ6 – صـ635، الإمام الشوبكى – التوضيح فى الجمع بين المقنع والتنقيح – المكتبة المكية 1418هـ / 1997م – ط 1 جـ2 صـ983، البهوتى – الروض المربع – عالم=

أن المعيار الفاصل هنا بين تطبيق الشريعة الإسلامية أو شريعة غير المسلمين بنى على أساس أن ما تم قبل الترافع أو الإسلام يتم على ما بدأ به، وإن ما بقى لاحقاً لا يصح إلا بحكم الإسلام وهذا حكم وضعى عقلى. (1) وأما عن نفقة الزوجية التى تشكل أهم أثر من آثار الزواج فإن الفقهاء فرقوا بين عدة أحوال هذا بيانها :-

فمن جهة إذا كانت الزوجة غير مسلمة والزوج مسلماً فإن الفقهاء متفقون على الاعتداد بأحكام الشريعة الإسلامية وحدها فاصلاً بين الزوجين فيما ينشب بينهما من خلاف حول النفقة وقد قرر الفقهاء تأكيداً لذلك أنه لا فرق فى استحقاق النفقة وفى المقدار الواجب للزوجة منها بين الزوجة المسلمة والزوجة غير المسلمة وذلك لأن النفقة مشروعة للكفاية وهذا لا يختلف باختلاف الدين (2)

=الكتب – بيروت – صـ354، 355، الزركشى – شرح الزركشى – مكتبة العبيكان – مجلد 5 صـ216، مجد الدين أبى البركات – المحرر فى الفقه الحنبلى – دار الكتاب العربى – جـ2 صـ27، وهو القول عند المالكية، الإمام مالك – المدونة الكبرى – رواية سحنون – جـ3 – صـ297، 311، وقارن فى هذا ما ذكره : د/ عنايت ثابت – أساليب فض تنازع القوانين ذى الطابع الدولى فى الإسلام – دار النهضة العربية 1418هـ / 1998م – صـ64 : 70 .

(1)وهذا يستفاد من أقوال الفقهاء من مثل قول الإمام الشافعى ﷺ : " فإن كان النكاح لم يمض لم نزوجهم إلا بشهود مسلمين وصداق حلال .... وإن تحاكموا بعد النكاح فإن كان يجوز ابتداءً نكاحها حين تحاكمهم إلينا أجزناه لأن عقده قد مضى فى الشرك وقبل تحاكمهم إلينا ... وإن كان المهر محرماً وقد رفعه بعد النكاح لم يجعل لها عليه غيره، وإن لم يدفعه جعلنا لها مهر مثلها .... " الأم – جـ5 – صـ50

(2)السرخسى – المبسوط – جـ5 – صـ190، الإمام الشافعى – الأم جـ5 صـ81

ومن جهة أخرى إذا كان الزوجان غير مسلمين وكان زواجهما صحيحاً فإن الفقهاء قالوا بأن هذا الزواج يترتب عليه جميع آثار الزواج الصحيح فى النفقة، بمعنى أن الزواج إذا كان صحيحاً وجبت النفقة الزوجية فى هذا الزواج بمقتضى حكم الإسلام وقد نص الفقهاء على الحالة الماثلة بقولهم : " حكمه كنكاح المسلمين فى الصحة ووقوع الطلاق ..... والنفقة ... " (1)

ومن جهة ثالثة : إذا تم النكاح بين غير المسلمين بدون شهود، أو بلا ولى ثم أسلما أو أحدهما، أو ترافعا إلى القضاء الإسلامى، فإن الفقهاء قالوا نقرهم على هذا النكاح ما دام أنهم اعتقدوه صحيحاً (2) فكأن معتقدهم هنا هو المرجع فى صحة هذا النكاح ومن ثم يحق لهم التداعى أمام القضاء الإسلامى فى شأن نفقة الزوجية وللقاضى أن يحكم بها لكن طبقاً لأحكام الإسلام، وهذه الحالة قد اجتمع فيها قانون ملتهم فى صحة الزواج، والشريعة الإسلامية فى شأن القضاء بالنفقة .

ومن جهة رابعة : إذا تزوج غير المسلم من غير مسلمة فى أثناء عدتها من زواج سابق فعند إسلامهما أو أحدهما أو تداعيهما إلى القضاء

---

(1)البهوتى – الروض المربع – عالم الكتب – صـ353، أبى البركات – المحرر فى الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل – جـ2 – صـ27، البهوتى – كشاف القناع عن متن الاقناع – جـ5 – صـ116، المغنى لابن قدامه جـ6 صـ637

(2)المبسوط جـ5 صـ38، 39، العزيز للقزوينى جـ8 صـ89، 90، المدونة الكبرى جـ3 صـ297، المغنى لابن قدامة جـ7 صـ613، أحكام أهل الذمة لابن القيم – مجلد 1 – جـ1 صـ247

الإسلامى فإن الراجح لدى الجمهور هو إقرارهم على هذا النكاح [1] وذلك طبقاً لاعتقادهم فى صحة هذا النكاح ومن ثم يقضى فيه بالنفقة .

ومن جهة خامسة ، تتمثل هذه الحالة فى زواج غير المسلم بإحدى محارمه كالأم أو البنت فبعد اتفاق الفقهاء على بطلان هذا النكاح وعدم التعرض لهم قبل إسلامهم أو تحاكمهم إلى القاضى المسلم [2] أما عن القضاء بالنفقة عن هذا النكاح الباطل عند الترافع إلى القاضى المسلم فقد قال بعض الفقهاء لا يقضى بالنفقة عن هذا النكاح لبطلانه . [3] وكأن القانون الواجب تطبيقه لديهم هو الإسلام،

بينما يرى الإمام أبو حنيفة أنه يقضى بالنفقة عن مثل هذا النكاح إذا طلبت الزوجة ذلك [4] وكان القانون الواجب تطبيقه هنا هو معتقد هؤلاء عند الإمام أبى حنيفة وهو الراجح .

---

(1)المبسوط جـ5 صـ38، 39، البدائع جـ1 صـ310، شرح فتح القدير جـ3 صـ284، الأم جـ5 صـ44، الوسيط للغزالى مجلد 5 صـ133، المغنى لابن قدامه جـ6 صـ613، المدونة الكبرى جـ3 صـ312

(2)المبسوط جـ5 صـ39، 40، البدائع جـ1 صـ311، المدونة الكبرى جـ3 صـ115 وما بعدها، العزيز جـ8 صـ89، 90، المغنى جـ6 صـ613 .

(3)وقال به محمد وأبو يوسف من الحنفية – المبسوط جـ5 صـ39، 40، وبعض الحنابله، المغنى جـ6 صـ613، وابن القيم أحكام أهل الذمة – مجلد 1 – جـ1 صـ280 .

(4)المبسوط جـ5 صـ39، 40

الأمر الثانى : التعددية فى القانون المقارن .

تنقسم آثار الزواج إلى آثار شخصية وآثار مالية وقد سبق بيانها بالتفصيل [1] ومن ثم تأثرت بعض النظم القانونية بهذا التقسيم وبالتالى تعدد القانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج إلى قانون يحكم الآثار الشخصية وآخر يحكم الآثار المالية ، وقد اعتنق اتجاه التعددية القانون النمساوى حيث أخضع الآثار الشخصية للقانون الوطنى المشترك للزوجين بينما جعل الآثار المالية وخاصة النظام المالى للزوجين من اختصاص قانون الإرادة ، وكذلك القانون الدولى الخاص التركى لعام 1982م، والقانون البيرونى لعام 1984م، والإيطالى لعام 1942م [2]

وكذلك القانون السويسرى لعام 1987م، وذلك بالمادة 48 منها والتى تقضى بأن : " يحكم آثار الزواج قانون الدولة التى يتوطن بها الزوجان . فإن لم يكونا متوطنين فى نفس الدولة فيسرى قانون دولة الموطن الذى يكون للمسألة بها رابطة وثيقة " وكذا المادة 52 التى جعلت من قانون الإرادة ضابطاً للاختصاص فى خصوص النظام المالى للزواج [3]

وفى فرنسا :- آثار الزواج هى النتائج المباشرة لحالة الزواج، وهكذا فإن قاعدة التنازع التى تنطبق على آثار الزواج ينبغى أن تجد مصدرها فى المادة الثالثة الفقرة الثالثة من القانون المدنى الفرنسى، ويترتب على ذلك أن آثار الزواج المبرم بين زوجين لهما ذات الجنسية ينبغى أن تخضع آثار الزواج فى حقهما لقانونهم الوطنى المشترك،

---

(1)المبحث التمهيدى من هذه الرسالة صـ 20 وما بعدها .

(2)بالتفصيل المناسب فى إيراد هذه القوانين : د/ أحمد سلامه – علم قاعدة التنازع .... صـ806، 807، 808

(3)د/ أحمد سلامه – علم قاعدة التنازع ...... – صـ808، 809

وإذا تغيرت جنسية الزوجين أثناء الزواج فإن التنازع الذى يسفر عن ذلك ينبغى حسمه بالرجوع إلى الجنسية المشتركة التى كان عليها الزوجان يوم ميلاد آثار الزواج، أما إذا تغيرت جنسية أحد الزوجين وترتبت آثار الزواج لاحقاً على هذا التغير للجنسية، فإن المسألة تتعقد حيث لم يعد للزوجين نفس الجنسية فلا يمكن من ثم قيام التطبيق التوزيعى لقانون كل زوج منهما على حده وإن كان هذا التطبيق التوزيعى قد كرسته فى وقت سابق محكمة النقض الفرنسية [1] فى مجال الطلاق والذى يتعارض مع فكرة أن آثار الزواج تشكل مجموعاً لا يقبل التجزئة indivisible وهكذا ينبغى البحث عن قانون واحد يقبل أن يحكم آثار الزواج، وهذا القانون لا يمكن أن يكون قانون أحد الزوجين وذلك حرصاً على مبدأ المساواة بينهما، لهذا فإن أحكام القضاء الفرنسى قد حسمت الخلاف أخيراً فى تطبيق قانون الموطن المشترك [محل الإقامة المشترك] للزوجين، وهذا المبدأ وضعه حكم Rivieie الصادر عام 1953م بصدد الطلاق، فهذا الحكم قد مد تطبيقه لآثار الزواج بالمفهوم الدقيق stnicto sensw وهذا الحل الذى جاء به Rivieie يمتد تطبيقه إلى آثار الزواج الأخرى، ويجب تفسيره فى أن المكان الذى تسير فيه العلاقات الزوجية فعلاً هو المكان الأكثر تناسباً لتحديد القانون الواجب تطبيقه على هذه العلاقات، وتجدر الإشارة فى هذا الشأن إلى أن محل الإقامة المشترك domicicile commun ليس بالضرورة مكان المعيشة المشترك وإنما المسكن

---

(1)انظر فى حكم النقض المشار إليه آنفاً

- Cass civ 6 jwill . 1922, fennai Gnands annets ، no 12

elalslissment الفعلى فى نفس البلد وهذا الحل يستند إلى حكم Tanwicl الصادر فى 15 مايو 1961م [1]

الذى كرس رؤية واسعة للموطن المشترك domicicile commun فإعمالاً لهذا القضاء يمكن أن يكون للزوجين محل إقامة مشترك على الرغم من انفصالهم فعلياً، وعندما لا يكون للزوجين جنسية مشتركة أو محل إقامة مشترك فى نفس الدولة فإن حكم Tawid يحدد قانون Bon قانون القاضى لكى ينطبق بصفة احتياطية، وبعبارة أخرى يجعل حكم Tawid فى هذه الحالة لقانون القاضى هو قانون العدالة والأخلاق .

والخلاصة أن قاعدة التنازع التى تنطبق على آثار الزواج تقوم على التدرج التالى :-

الجنسية المشتركة للزوجين وعند غيابها يكون قانون الموطن المشترك للزوجين وعند غيابه فقانون القاضى . [2]

---

(1)انظر الحكم المشار إليه فى

- Cass civ 15 mai 1961 ،Rev . nit Dip 1961, 547 ،D, 1961 . 437 noteG . Holleawx .

(2)انظر بالتفصيل فى القانون الفرنسى :-

- Daniel Gutmann ،DRoit INTER NATLONAL PRLVE, DALLOZ zedition ،z. ed . 2000

بند 165 صـ124، 125 .

- Yvonloussouarn ،Droit international prive - DALLOZ ،7 edfion ،ed 2001

بند 311 صـ371، بند 312 - صـ373، بند 315، 317، 319 .=

مذهب الوحداوية فى القانون الواجب تطبيقه .

إذا كان جمهور الفقهاء فى الإسلام قد اعتنقوا فى شأن آثار الزواج تعددية القانون واجب التطبيق على نحو ما سبق فإن بعض هؤلاء الفقهاء قد آثر عليها مبدأ وحدة القانون واجب التطبيق، حيث يرى الإمام أبو حنيفة تطبيق شرائع غير المسلمين على آثار أنكحتهم على الدوام حتى وإن كانت هذه الأنكحة فاسدة أو باطلة بحسب اصطلاح الحنفية ذلك أن أبا حنيفة يرى أن أنكحة غير المسلمين صحيحة ونافذة الأثر فمن هذا القبيل قوله فى المهر أن المهر المسمى عندهم وإن كان غير صحيح التسمية لكونه خمراً أو خنزيراً عندنا، إلا أنه يصح لديهم وذلك لأنه مال متقوم فى حقهم بمثابة الخل والغنم فى حق المسلمين وحيث يتداعى الزوجان أو أحدهما إلى القاضى المسلم فى شأن المهر المسمى فيسعه أن يقضى به كما هو مسمى[1] وفى ذات الاتجاه يقرر أبو حنيفة الاعتراف بآثار الزواج حتى

=- BERNARD AUDIT ، DROIT INTERNATIONAL PRIVE ، ECONOMICA ed ،1991 .

بند 649 - صـ517، بند 651 .

- Yvon Loussouarn ،Droit . intenational prive ،DALLOZ ،5 e .edition 1996 .

بند 311 .

Alain Benabent ، DROIT CIVIL LAFAMILLE ،litec . neuvieme edition 1998.

- piERRE MAYER ، DROIT INTERNATIONAL PRIVE . Montchresti ، 6 EEditioN . ed .

بند 575 وقد استعنت فى ترجمة هذه المراجع بـ د/ نادية فرج .

(1)المبسوط جـ5 صـ41، البدائع جـ2 صـ313، 377، البناية فى شرح الهداية جـ4 صـ735، شرح فتح القدير جـ3 صـ387

ولو كان الزواج باطلاً وذلك كما فى نفقة الزوجية التى قال فيها بحق الزوجة فى المطالبة بالنفقة حتى ولو كان الزواج باطلاً كما فى نكاح المحرمات، وذلك اعتماداً منه على صحة هذه الأنكحة لديهم[1]

وقد اعتنق هذا الاتجاه كثيرٌ من القوانين الحديثة أذكر منها : القانون البولندى لعام 1965م، والقانون الأسبانى لعام 1974م، والقانون المجرى لعام 1979م، والقانون الألمانى لعام 1986م[2]

وهو ما أخذ به المقنن المصرى فى المادة 13 /1 وتابعه فيه غالب القوانين العربية ومنها قانون المعاملات المدنية الإماراتى فى المادة 1/13 والتى تنص على أنه : " يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والآثار المتعلقة بالمال التى يرتبها عقد الزواج "[3]

وكذا القانون المدنى العراقى فى المادة 2/19 والتى تنص على أن "يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج بما فى ذلك من أثر بالنسبة للمال "[4] وهو الحل

---

(1)انظر ذلك بالتفصيل : المبسوط جـ5 صـ28 : 41، شرح فتح القدير جـ3 صـ285، البدائع جـ1 صـ310 وما بعدها

(2)بالتفصيل المناسب : د/ أحمد سلامه – علم قاعدة التنازع .... صـ809، 810، 811 .

(3)لمزيد من التفصيل والشرح والتعليق . انظر : د/ عكاشة عبد العال – دراسات فى القانون الدولى الخاص فى دولة الإمارات العربية المتحدة – دار الجامعة الجديدة – صـ239 وما بعدها

(4)للشرح والتعليق د/ حسن الهداوى – تنازع القوانين وأحكامه فى القانون الدولى الخاص العراقى – مطبعة الإرشاد بغداد – ط2 1972م – صـ172، 173 .

ذاته فى القانون المدنى الليبى فى المادة 1/13 بقولها : " يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج بما فى ذلك من أثر بالنسبة إلى المال " (1) وهو ذات الحل فى القانون السورى والكويتى والسودانى (2)

تقدير الاتجاهين السابقين

انحاز الفقه الغالب إلى الاتجاه الذى يعتمد على قانون واحد فى حكم آثار الزواج وذلك للأسباب الآتية :-

فمن جهة أنه من العسير إخضاع آثار الزواج لقانونين فى وقت واحد إذ لن يتسنى إعمال أيهما عند الاختلاف فى الأحكام إلا بمخالفة الآخر. (3)

---

(1)للشرح والتعليق د/ على على سليمان - شرح القانون الدولى الخاص الليبى - تنازع القوانين من حيث المكان طبقاً لأحكام القانون المدنى الليبى - دار صادر - بيروت - صـ101 وما بعدها

(2)القانون المدنى السورى م 1/14، والكويتى لعام 1961م، والسودانى لعام 1984 م 5/11، أشار إليهم د/ أحمد سلامه - علم قاعدة التنازع ..... صـ811 هامش 166

(3)انظر فى هذا : د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد - أصول تنازع القوانين 2004 / 2005م - صـ215، د/ هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال، د/حفيظة الحداد - القانون الدولى الخاص - تنازع القوانين - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - الكتاب الأول - صـ269، د/ هشام صادق - تنازع القوانين دراسة مقارنة فى المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة فى التشريع المصرى - منشأة المعارف بالإسكندرية - صـ507، د/ محمود مصيلحى، د/ صلاح الدين جمال - مبادئ القانون الدولى الخاصالجنسية وتنازع القوانين دراسة مقارنة - الطبعة الأولى 2007 م صـ414، د/ محمد كمال فهمى - أصول القانون الدولى الخاص - ط 2 - مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية 1992م - صـ544، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم - القانون الدولى الخاص تنازع القوانين - دار النهضة العربية - 2003م - صـ199

ومن جهة أخرى : فإن من مصلحة الأسرة توحيد القانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج، وغالباً ما يترتب على الزواج اكتساب الزوجة لجنسية الزوج . (1)

الفرع الثانى

الإسناد إلى قانون الموطن أو الجنسية أو الديانة .

غالباً ما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى القانون المسند إليه الذى قد يكون قانوناً وطنياً أو أجنبياً وذلك يتحدد من خلال معرفة القانون المسند إليه هل هو قانون الجنسية أم قانون الموطن أم قانون الديانة .

قانون الديانة

بنى فقهاء الإسلام قاعدة الإسناد فى آثار الزواج على أساس الإسناد إلى ديانة أو معتقد أو ملة بحسب الأحوال الزوج أو الزوجة أو هما معاً أو على أساس دين البلد، وهذا واضح من ألفاظهم المستعملة فى هذا الموضع من مثل قول بعضهم " ولو تزوج ذمىٌ ذمية وذلك فى دينهم جائز .... " و " لأنه لما جاز النكاح فى ديانتهم بمهر " (2) وألفاظ كثيرة من مثل وفقاً لمعتقدهم، كما أن الفقهاء لم يفرقوا بين الوطنيين والأجانب من غير المسلمين بل كان جميع غير المسلمين فى شأن هذه الآثار سواء إلا قليلاً . فيرجع إلى اليهودية مع اليهود، ويرجع إلى النصرانية مع النصارى، وكذا فى حق غيرهم، هذا إذا اتفقوا ملة، أما عند تعدد الملل فيرجع إلى معتقدهما المشترك .

---

(1)د/ جابر جاد عبد الرحمن - تنازع القوانين - دار النهضة العربية - 1969م - صـ311 .

(2)البدائع - جـ1 صـ313 .

قانون الموطن

اتجهت بعض النظم إلى جعل الموطن أو محل الإقامة ضابطاً للاختصاص بحيث يصبح قانون الموطن أو محل الإقامة هو الواجب تطبيقه على آثار الزواج .

وفى سويسرا يعتدّ بالموطن الذى يتوطن به الزوجان فإن لم يكونا متوطنين فى نفس الدولة فيسرى قانون دولة الموطن التى يكون للمسألة بها رابطة وثيقة (1) وهو البديل الثانى بعد القانون الوطنى المشترك فى القانون البولندى حيث تخضع العلاقات الشخصية والمالية للقانون الوطنى المشترك، فإذا لم يكن ثَمَّ قانون مشترك طبق قانون موطنهما " (2) وفى فرنسا إذا اختلف الزوجان جنسيةً سرى قانون الموطن المشترك لهما " (3)

---

(1)مجموعة القانون الدولى الخاص السويسرى لعام 1987م المادة 48 ذكره د/ أحمد سلامه – علم قاعدة التنازع ... صـ809

القانون البولندى لعام 1965م – م 17 ذكره د/ أحمد سلامه – علم قاعدة التنازع صـ809

(2)انظر فى فرنسا :- المرجع السابق بند 165 صـ124، 125

- Gutmann ، (D) DROIT

- Loussouarn ،(y) Droit المرجع السابق بند 311، 312

- AUDIT ،(B) DROIT المرجع السابق بند 649، 651

- Benabeut (A) DROIT المرجع السابق بند 49، 156

د/ أحمد سلامه علم قاعدة التنازع صـ807

(3)هذا فى فرنسا : ذات المراجع المشار إليها فى الهامش السابق بذات المواضع .

وانظر : د/ أحمد سلامه علم قاعدة التنازع .... صـ807 .

تطبيق قانون الجنسية

حيث اعتمد الاتجاه الغالب فى النظم القانونية على الجنسية كضابط للإسناد فى آثار الزواج، ومنها النظام الفرنسى والذى يكمن ضابط الإسناد الأول فيه فى قانون الجنسية المشتركة للزوجين فى الآثار الشخصية وهو الحل المعتمد فى القانون المصرى والقوانين العربية .

تقدير الاتجاهات الثلاثة

فى الواقع أن الإسناد إلى الدين أو الملة كان له ما يبرره يوماً كما أنه كان النواة الأولى لقواعد الإسناد بشكلها المعاصر، أما الإسناد إلى الجنسية فإسناد قوى إلا أنه بات منتقداً حيث إن قواعد التنازع تهدف إلى إسناد كل رابطة إلى أوثق القوانين صلة بها باعتباره أنسب القوانين لحكم العلاقة من الناحية الموضوعية، وغالباً ما تتقطع الصلة بين القانون المشار إليه وبين جنسية الزوج الآخر وخاصة فى ظل الاتجاه الذى يوحد الاختصاص القانونى بقانون واحد لحكم آثار الزواج . (1)

المطلب الثانى

قاعدة الإسناد فى القانون المصرى

نصت لمادة 1/13 من القانون المدنى على قاعدة الإسناد فى القانون المصرى ا ، وذلك بقولها : " يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج بما فى ذلك من أثر بالنسبة للمال " .

---

(1)د/ أشرف وفا محمد – آثار التوارث بين الدول على إعمال قواعد القانون الدولى الخاص – دار النهضة العربية ط1 صـ106

الفرع الأول

الأصل التاريخى لهذه القاعدة

ويرجع الأصل التاريخى لهذه القاعدة فى مصر إلى عهد المحاكم المختلطة التى سار قضاؤها على إخضاع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج [1] وقد وجدت هذه المحاكم سندها فيما قررته الفقرة الثالثة من المادة 29 من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة الملغية، والتى كانت تشير إلى تطبيق قانون جنسية الزوج فى آثار الزواج . [2]

بينما يذكر البعض وخلافاً لما سبق أن الأصل التاريخى لهذه القاعدة يرجع إلى اتفاقية لاهاى المؤرخة فى 17 من يولية سنة 1905م فينص قائلاً : " وقد نقل المشرع المصرى هذا المبدأ من المواد من 2 إلى 9 من اتفاق لاهاى الخاص بآثار الزواج " . [3] لكن الاتفاقية المشار إليها لم تتبنَّ الحل الماثل فى القانون المصرى، وإنما تقضى بإخضاع آثار الزواج لقانون آخر جنسية مشتركة بين الزوجين وذلك بالمادة الأولى والمادة 2/9 من الاتفاقية، ولم تواجه الاتفاقية الماثلة الحالة التى لم يكن فيها للزوجين جنسية مشتركة فى يوم من الأيام، ويرى بعض الفقه أنه من الأسلم الرجوع حينئذ لقانون الزوج وقت الزواج . [4]

---

(1)د/ محمود مصيلحى، د/ صلاح الدين جمال – مبادئ صـ414

(2)د/ جابر جاد عبد الرحمن – تنازع القوانين – 1969م – صـ311، 312 .

(3)المستشار / تادرس ميخائيل تادرس – القانون المقارن فى الأحوال الشخصية للأجانب فى مصر، مع شرح قواعد المرافعات الخاصة بها 1954م – ط 1 – بند 208 صـ140 .

(4)د/فؤاد رياض، د/ سامية راشد – تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى وآثار الأحكام الأجنبية – دار النهضة العربية – 1994م – صـ220 هامش 1

ويذكر البعض وجود شبه كبير بين نص المادة 1/13 من القانون المدنى المصرى وبين مثلها فى القانون الألمانى والذى قضى بعدم دستورية من المحكمة الدستورية الفيدرالية فقضت بإلغائه وذلك بدعوى عدم المساواة بين الرجل والمرأة، مما جعله محل نقد من الفقه الألمانى يومها، واضطر المقنن الألمانى إلى إصدار القانون الدولى الخاص الجديد لعام 1986م والذى جعل من قانون الموطن المشترك ضابطاً للإسناد فى آثار الزواج بوصفه ضابطاً محايداً لا ينطوى على إخلال بمبدأ المساواة وذلك فى الفروض التى تختلف فيها جنسية الزوجين . [1]

الفرع الثانى

تقييم قاعدة الإسناد فى القانون المصرى

أخضع المقنن المصرى آثار الزواج الشخصية منها والمالية لقانون الزوج وبذلك وحد الاختصاص القانونى وهذا الحل تظهر فائدته من عدة نواحٍ :-

فمن جهة : جعل قانون الزوج هو الواجب تطبيقه على آثار الزواج سواء اتفق الزوجان فى الجنسية أو اختلفا ولا شك أن هذا المسلك يتفق مع طبيعة آثار الزواج التى تلفظ تعدد القوانين فى حكمها، ومن ثم فعند اختلاف الزوجين فى الجنسية فإن آثار الزواج كانت تستبعد الخضوع لهما معاً .

---

(1)د/ هشام صادق – الموجز فى القانون الدولى الخاص – تنازع القوانين – الفنية للطباعة والنشر 19970م صـ244، 245، د/ هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال، د/ حفيظة الحداد – القانون الدولى الخاص صـ270

ومن جهة أخرى تلافى المقنن الفرض الذى يغير فيه الزوج جنسيته إذا قرر استمرار خضوع آثار الزواج لذات القانون حتى وإن غيَّر الزوج جنسيته حتى لا يكون مصير آثار الزواج بيده فمن الممكن أن يغير الزوج جنسيته حتى يتهرب من النفقة أو من المهر أو خلافه وذلك باكتساب جنسية جديدة تعفيه من كل أو بعض آثار الزواج .

ومن جهة ثالثة كان انحياز المقنن لقانون الزوج أمراً مستحسناً ذلك أن الزوج هو رب الأسرة المتبع، وغالباً ما ترتب القوانين على الزواج اكتساب الزوجة لجنسية الزوج مما يؤدى فى النهاية إلى ذات الحل الذى تبناه المقنن المصرى فى المادة 1/13 سالفة الذكر .

ومن جهة رابعة فقد بارك الفقه الغالب فى مصر الحكم الذى جاءت به المادة 1/13 فى إسنادها الحكم على آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج وحده . (1)

---

(1)د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – تنازع القوانين .... صـــ218 : 224، د/ هشام صادق – الموجز فى القانون الدولى الخاص – تنازع القوانين – صـــ244، د/ هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال، د/ حفيظة الحداد – القانون الدولى الخاص .... صـــ269، د/ محمود مصيلحى، د/ صلاح الدين جمال – مبادئ .... صـــ414، د/أحمد مسلم – موجز القانون الدولى الخاص المقارن فى مصر ولبنان – الجنسية والموطن – مركز الأجانب – تنازع القوانين دار النهضة العربية – بيروت صـــ227، 228، د/ محمد كمال فهمى – أصول القانون الدولى الخاص ،،،، صـــ544، 545، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم – القانون الدولى الخاص تنازع القوانين .... صـــ199 وما بعدها، د/ جابر جاد عبد الرحمن – تنازع القوانين .... صـــ311 وما بعدها . د/ جمال الكردى – دروس فى القانون الدولى الخاص – النظرية العامة للقانون الدولى الخاص – تنازع القوانين 1998 / 1999م ط 2 – صـــ 319 وما=

ومع ذلك لم يسلم هذا المسلك من النقد فقد رأى البعض أنه ينبغى أن يراعى المقنن الفرض الذى يغير فيه الزوج جنسيته إلى جنسية الزوجة حيث يجب أن يكون القانون الواجب تطبيقه هو قانونهما المشترك حينئذ (1) وهو الحل الأصلى فى فرنسا (2) بينما يبارك البعض مسلك المقنن هنا بالقول " ولعل وجهة نظر المشرع فى الاعتداد بوقت انعقاد الزواج هو أن حقوق كلا الزوجين والتزاماتهما قد تحددت عند الزواج وفقاً لقانون معين مما يقتضى عدم تغيير هذه الأحكام بسبب منح الزوج جنسية زوجته أو حصوله على هذه الجنسية فى تاريخ لاحق على الزواج (3) ومما يقلل من أهمية هذا الخلاف أن الزوجة لو كانت وطنية وغيَّر الزوجُ جنسيته إلى الجنسية المصرية فإن ذلك لن يزيد فى الأمر شيئاً لخضوع آثار الزواج للقانون المصرى طبقاً للاستثناء الذى أورده المقنن فى المادة 14 والتى سوف يأتى بيانها . وكذلك لو كان الزوج وطنياً واكتسبت الزوجة الجنسية المصرية .

=بعدها، د/ أحمد سلامه – مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية – تنازع القوانين – المرافعات الدولية " دار النهضة العربية القاهرة – صـــ249

(1)د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – تنازع القوانين .... صـــ220، وهو يشير إلى أخذ اتفاقية لاهاى المعقودة سنة 1905 بإخضاع آثار الزواج لقانون آخر جنسية مشتركة بين الزوجين وذلك بمقتضى المادة الأولى والمادة 2/9 من الاتفاقية . انظر هامش 1، د/ عكاشة عبد العال – دراسات فى القانون الدولى الخاص فى دولة الإمارات صـــ240

(2)د/ أحمد سلامه – علم قاعدة التنازع صـــ807

(3)د/ إبراهيم أحمد إبراهيم – القانون الدولى الخاص صـــ200

ومن جهة أخرى يرى البعض [1] أن قاعدة الإسناد فى صورتها الماثلة تكرس لعدم مساواة المرأة بالرجل وذلك : " أن إعمال قانون جنسية الزوج على آثار الزواج قد يؤدى إلى تحقيق المساواة المادية بين الرجل والمرأة فيما لو كانت أحكامه الموضوعية تسعى إلى إدراك هذه الغاية . ومع ذلك يبقى صحيحاً القول بأن تطبيق قانون جنسية الزوج دون الزوجة يشكل فى ذاته ضرراً على هذه الأخيرة والتي لا تخفى مصلحتها فى تطبيق قانونها بصرف النظر عن مضمونه أو فى القليل تطبيق قانون محايد مثل قانون الموطن المشترك للزوجين " [2]

وتظهر وجاهة الاعتراض الماثل فى فروض كثيرة من أبرزها الفرض الذى يكون قانون الزوجة يعطيها من الحقوق ما لا يماثله قانون جنسية الزوج، وكذلك فى الفرض الذى يلقى فيه قانون جنسية الزوج بالتزامات على الزوجة أكبر من التى تقابله فى قانون جنسية الزوجة .

ومن جهة ثالثة يرى البعض أن الاكتفاء بقانون جنسية الزوج لا يتفق مع الهدف من قواعد التنازع فى الوقت المعاصر، وأنه من الأفضل الاعتماد على قانون الجنسية المشتركة للزوجين فى حكم آثار الزواج، كما أن انفراد قانون جنسية الزوج بحكم آثار الزواج لا يوفر صلة كافية بالرابطة القانونية فإن قوانين بعض الدول تذهب إلى إخضاع آثار الزواج إلى قانون

---

(1)د/ هشام صادق – حق المرأة فى المساواة وقواعد الإسناد مؤتمر الغردقة فى شأن بعض الجوانب الاجتماعية والقانونية للمرأة فى مصر فى الفترة من 10 – 15 سبتمبر 1988م أعمال المؤتمر صـ414، 415

(2)د/ هشام صادق – الموجز فى القانون الدولى الخاص .... صـ244، 245

جنسية كل من الزوجين كما فعل القانون البولونى لعام 1965م وكذلك القانون الألمانى لعام 1965م . [1]

ولكن لا خلاف فى أن تطبيق قانون الزوجين على آثار الزواج تكتنفه صعوبات كثيرة وخاصة إذا ما كان الزوجان من ثقافتين مختلفتين شرقية وغربية مثلاً فإن تبايناً شديداً محتمل فى إعمال كلا القانونين معاً بدون التضحية بأحدهما، وإن كان الحال المنوه عنه آنفاً ممكن الإعمال فى القوانين التى تأثرت بثقافة واحدة كالقوانين العربية فإن كان الزوجان من بلدين عربيين، أو كان الزوجان من بلدين أوربيين أما عند الخروج من هذا الإطار الثقافى المتماثل فإنه يصعب إعمال القانونين معاً من غير إهدار لأحدهما . ومع هذا لم يراع المقنن مثل هذا التجانس الثقافى والتقارب الاجتماعي عند وضعه لقاعدة الإسناد الماثلة، فلم يفرق فيها بين الحالة التى تختلف الزوجة فيها عن الزوج اختلافاً جذرياً وبين الحالة التى تكون الزوجة فيها من إقليم يوازى إقليم الزوج ثقافياً واجتماعياً، وذلك كما هو بين الدول العربية من تقارب ثقافى ودينى واجتماعي .

الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون المصرى

يعرض المبحث الماثل للقانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج وذلك ببين وحدة هذا القانون وتعدده، والمراد بهذا القانون المشار إليه وأن أوجه الاتفاق والافتراق بين الفقه الإسلامى والقانون المصرى تتضح من النقاط التالية :-

---

(1)د/ أشرف وفا محمد – آثار التوارث بين الدول على إعمال قواعد القانون الدولى الخاص – ط1 – دار النهضة العربية صـ06 .

أولاً :- التعددية والوحداوية فى القانون واجب التطبيق

لقد تعامل الفقه الإسلامى بشمولية مع مسألة تحديد القانون واجب التطبيق فى علاقات الزوجية المتعددة الديانة أو الجنسية ، ومن ثم راعى الفقه الإسلامى القانون أو المعتقد الذى نشأ الزواج فى ظلاله ، وراعى شريعة البلد العامة ، وبالتالى جاء القانون واجب التطبيق متعدداً ، وهذا هو ما رآه جمهور الفقهاء فى الإسلام، بينما اتجه أبو حنيفة إلى وحدة هذا القانون وأنه يتمثل فى معتقد أو ملة أوقانون الزوجين الذى نشأ الزواج فى ظلاله والذى استمر خاضعاً له حتى وقت التداعى إلى القاضى المسلم، ثم جاء القانون المصرى ليقرر وحدة القانون الواجب تطبيقه وأنه قانون الزوج وقت انعقاد الزواج، ولم يكن هذا الموقف من المقنن المصرى تأثراً بمذهب أبى حنيفة وإنما كان تأثره بالاتجاهات والقوانين الوضعية الحديثة، ذلك أن أبا حنيفة – رضى الله عنه – وإن كان يرى وحدة القانون الواجب تطبيقه إلا أن هذه الوحدة داخلها تعدد حيث يراعى قانون الزوجين معاً وإنما أنصف مسلك أبى حنيفة بالقول بوحدة القانون بما أقره من تطبيق قانون غير المسلمين وحدهم على آثار أنكحتهم ولم يقل بتطبيق أحكام الإسلام عليهم .

فيتضح أن الفارق بين أبى حنيفة وما ذهب إليه المقنن المصرى فى أن أبا حنيفة رأى القانون الواجب تطبيقه هو قانون غير المسلمين الذى ظاهره واحد وباطنه متعدد ، بينما كان القانون المشار إليه فى التشريع المصرى قانوناً واحداً فى الظاهر والباطن وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج . كما أن هذا القانون المشار إليه لدى الإمام أبى حنيفة قد يكون قانوناً وطنياً لغير مسلم وطنى أو قانوناً أجنبياً لغير مسلم أجنبى أو قد

يكونان معاً ، بينما المشار إليه بقاعدة الإسناد فى القانون المصرى قد يكون قانوناً وطنياً أو أجنبياً ولكنه لا يكون وطنى وأجنبى معاً .

والظاهر أن جمهور الفقهاء بما فيهم الإمام أبو حنيفة قد اعتد فى تنظيمه أو تقنينه للقانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج على غير المسلمين بفكرة الأمر الواقع تلك الفكرة التى راعاها مع المهر المقبوض حتى وإن كان خمراً أو خنزيراً ، فما تم قبل الترافع والتداعى إلى القاضى المسلم أو قبل الإسلام يحكمه القانون الذى نشأ الزواج وتم فى ظلاله غير أن أبا حنيفة تعدى حدود ما تم وانتهى أو اكتمل إلى ما بقى من آثار للزواج بين غير المسلمين مادام لم يسلم أحد الزوجين أو كلاهما ترتيباً على فكرة الأمر الواقع .

وبالتالى فقد راعى الفقه الإسلامى الغالب متطلبات العقل والعدل والمنطق بمراعاة ما تم من آثار الزواج وفقاً للقانون الذى نشأ وتم فيه وراعى متطلبات الشرع الحنيف الذى يجب الخضوع له ويجب على القاضى المسلم إعماله وإلا كان آثماً .

وهو منهج يحسن بالمقنن المصرى أن يراعيه فى بلد دينُه الإسلامُ وغالبية سكانه من المسلمين حتى لا يحمل القاضى ولا يكلفه بإعمال غير ما يعتقد ، ومن ثم يتخلص من رواسب الاستعمار الفكرى والثقافى تمهيداً لإعمال الشرع الحنيف فى دنيا الناس " وكذا باقى أحكام الشريعة " ، وليس من العقل والحكمة المطالبة بإعمال الشرع الحنيف على الأجانب وغير المسلمين ولا يتم إعماله من باب أولى على المسلمين والوطنيين .

ثانياً:- الإسناد إلى الديانة أو الجنسية

لقد قرر فقهاء الإسلام التعويل على قانون ديانة أو معتقد أو ملة الزوجين، أما القانون المصرى فقد جاء ليشير فى قاعدة إسناده إلى قانون جنسية الزوج، وإن قيام القانون المشار إليه فى الفقه الإسلامى إلى الدين أو المعتقد أو الملة لهو قيام واقعى فلقد ارتبطت الأحوال الشخصية غالباً بالدين، بل لا أبالغ حينما أقول إن الأحوال الشخصية وعلى رأسها الزواج وآثاره لا تزال فى إطار الدين، وهذا الإطار الدينى لآثار الزواج واضح فى مصر مثلاً، فالمسلمون فى أحوالهم الشخصية يخضعون لقواعد قانونية مستمدة من الشريعة الإسلامية، بل عند عدم وجود نص من هذه النصوص فى أمر من الأحوال الشخصية ليجب الرجوع إلى الفقه الإسلامى ووفقاً للراجح من مذهب الحنفية .

غير المسلمين فى مصر يخضعون فى أحوالهم الشخصية لتعاليم دينهم وهذا أمر لا ريب فيه وذلك بالشروط التى وضعها المقنن لإعمال هذه الشرائع فى مجال الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين .

وذلك هو الواضح فى كل الدول العربية، بل إن الأمر فى الدول التى أعلنت قيام العلمانية وأسقطت الدينية، لا تزال فى أحوالها الشخصية خاضعة فى أغلبها لتعاليم الدين وإن كانت تتنكر لذلك أو تتبرأ منه : "فإذا كان الزواج فى فرنسا يعتبر نظاماً مدنياً، فليس معنى ذلك أنه يغاير بصفة تامة ومطلقة الزواج الدينى، فلا تزال الكثير من قواعد القانون المدنى الفرنسى التى تحكم الزواج مستمدة مما كان يقضى به القانون الكنسى الذى كان سائداً فى العصور الوسطى، وإن الغاية التى توخاها المشرع الفرنسى من منع الكنيسة من عقد الزواج قبل إبرامه أمام موظف الحالة المدنية هى ضمان عدم اقتضاء الناس على الزواج الدينى من غير

اكتراث بالزواج المدنى بسبب جهلهم بوجود الزواج المدنى وإما بسبب عدم اعترافهم به " (1)

ولا يمكننى إنكار وجود أحوال شخصية لا تخضع بل ولم تبسق من تعاليم دينية بل تخالف فى بعض الأحيان التعاليم الدينية كزواج المثلين، أو الزواج بالمحارم .

فإن الإشارة فى الفقه الإسلامى إلى مثل هذه الأحوال التى لم تخرج من بوتقة الدين بل وقد تخالفه فإن الإشارة حينئذ تكون إشارة رمزية أو من باب العام على الخاص فالأصل خضوع الأحوال الشخصية لتعاليم الدين والاستثناء خروجها عن هذا النطاق .

ثم جاء المقنن المصرى ليساير الاتجاهات الحديثة فى الإشارة إلى قانون الجنسية وذلك باعتبار أن الإشارة إلى قانون الجنسية تشمل القوانين الوضعية والتعاليم الدينية معاً .

ولا يخفى أن الغاية التى كانت تقف وراء اعتبار فقهاء الإسلام بالديانة أو المعتقد أو الملة، إن فى ذلك إسناداً إلى قانون ذى صلة وثيقة بالنزاع محل التداعى وإلا لو لم تكن الغاية كذلك لكان الأجدر بفقهاء الإسلام الاحتكام مباشرة وفى كل الأحوال إلى الشرع الحنيف ولاشك أنه أكثر تحقيقاً للعدالة، واعتداد القانون المصرى بالجنسية ضابطاً لإسناد أو بغيرها لاغبار عليه متى كان محققاً لهذه الرابطة الوثيقة بين النزاع والقانون المشار إليه بقاعدة الإسناد، وإن أى ضابط للإسناد يحقق تلك الرابطة الوثيقة بين النزاع والقانون المعنى فهو مقبول فى فقه الإسلام.

---

(1)د/ عبد الفتاح عبد الباقى – الزواج قيامه ، آثاره ، انقضاءه فى القانون الفرنسى – مطبعة نهضة مصر – القاهرة 1965 – صـ11 هامش (1) ، (2) .

ثالثاً: القاضى وإعمال القانون المسند إليه .

حينما يعرض على القاضى نزاع حول أثر من آثار الزواج فى علاقة زوجية ذات عنصر أجنبى، وبعد معرفة القاضى بالقانون الواجب تطبيقه، فإن القانون المصرى يلزمه بإعمال هذا القانون المشار إليه بقاعدة الإسناد وطنياً كان أم أجنبياً ولاشك أن هذا المسلك من المقنن المصرى يختلف عن منهج الفقه الإسلامى وهذا يتضح مما يلى :-

- فمن جهة فإن القاضى المسلم ملزم بنصوص قاطعة بإعمال أحكام الشرع الحنيف فى أى حكم يصدر عنه حتى ولو كان بين غير مسلمين أجانب أو طنيين ولئن لم يفعل فهو أثيم فى حكم هذا الدين، وحينما يعمل القاضى المسلم ملة أو معتقد أو دين غير المسلمين فى آثار الزواج لديهم كما فى الحالات التى قررها الفقه الإسلامى فهو لا يخالف أحكام الإسلام . بل هو يعملها لقيام تلك القواعد التى أقرها الفقه الإسلامى على أصول الدين وقواعده والتى منها ما أمر به المسلمين من ترك غير المسلمين وما يدينون ومن ثم يحق للقاضى المسلم أن يقرر للزوجة النفقة عن زوجية فاسدة فى حكم الإسلام بمقتضى هذا الإقرار ويكون قد أعمل حكم الإسلام معهم .

- ومن جهة أخرى فإن القاضى المسلم – وطبقاً للراجح فى الفقه الإسلامى – مخيرٌ بين الحكم بين غير المسلمين أو التخلى عن نظر الدعوى وسيأتى هذا لاحقاً فى الفصل الثالث من هذا الباب تفصيلاً، بينما لا يملك القاضى المصرى هذا التخيير طبقاً للقانون المصرى ،وإلا كان مخالفاً لمقتضيات الوظيفة القضائية .

- ومن جهة ثالثة فإن جمهور فقهاء الإسلام على الاعتداد بدين أو ملة أو معتقد غير المسلمين يكون فيما تم وانتهى كالمهر المقبوض، وإن ما بقى أو استجد أو يراد إتمامه أو إنشاؤه يتم وفقاً لحكم الشرع الحنيف ولم يخالف فى هذا إلا أبو حنيفة الذى قال بإتمام آثار هذا النكاح على ما بدأ به ما لم يسلموا .

المبحث الثانى

نطاق القانون الواجب تطبيقه على أثار الزواج

تنشأ عن الزواج علاقات متشابكة ومتعددة، هذا التشابك وذاك التعدد جعل من آثار الزواج مجالاً رحباً لتنازع القوانين، فأحياناً يتنازع عليها قانون الزوج وقانون الزوجة، وقانون بلد القاضى، وأحياناً أخرى يتنازع فيها قانون المال أو موضع العقار، أو قانون الحالة، من هذا التشابك وذاك التعدد وما يترتب عليهما وضع الفقهاء نطاقاً محدداً لبيان ما تحكمه قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج وما يخرج عنها ليدخل فى حكم قاعدة أخرى. لذا أقسم هذا المبحث إلى مطلبين أخصص أحدهما لما يدخل فى نطاق قاعدة الإسناد، والثانى لما يخرج عنها وذلك فى الآتى :-

المطلب الأول

ما يندرج تحت قاعدة الإسناد من آثار الزواج

فى الواقع أن من آثار الزواج ما لم يثر شكاً أو لبساً فى خضوعه لقاعدة الإسناد الماثلة وأن من آثار الزواج ما أثير عليه الغبار، واختلفت فيه الأقوال لذا أقسم هذا المطلب إلى فرعين على ما يأتى :-

الفرع الأول

المتفق عليه من آثار الزواج التى تندرج تحت قاعدة الإسناد .

1) فى الواقع أن تحديد ما يعد من آثار الزواج مسألة تكييف مرجعها قانون القاضى طبقاً للمادة 10 من القانون المدنى المصرى، وتتفق كافة النظم القانونية ومنها القانون المصرى على اعتبار الالتزامات المتبادلة

التى يولدها عقد الزواج بين طرفيه هى آثار الزواج سواء كانت هذه الآثار ذات طابع شخصى أو مالى .

أما عن الحقوق المالية التى يولدها عقد الزواج والتى تعرف بالنظام المالى للزواج أو مشارطة الزواج . وهو نظام لا يعرفه الفقه الإسلامى، وقد أخرجته بعض الأنظمة الغربية من إطار الأحوال الشخصية واعتبرته من مسائل الأحوال العينية وذلك كالنظام الفرنسى [1]

بينما تعده بعض النظم من الأحوال الشخصية كالنظام الإيطالى ومن ثم حسم المقنن المصرى الأمر فجعل من النظام المالى للزواج أحوالاً شخصية . [2] ومن ثم يخضع لقاعدة الإسناد المنصوص عليها فى المادة 13 .

---

(1)انظر :-

المرجع السابق - Loussouarn (y) Droit international prive

– صـ373 بند 313، صـ374

- وانظر فى القول بدخوله فى آثار الزواج

Gutmann (D) DROIT . imternational

المرجع السابق بند 167 بقوله : " ينبغى أن ينطبق قانون آثار الزواج على كافة العلاقات المالية وغير المالية بين الزوجين

كذلك على كافة العلاقات بين الزوجين وأطفالهم .

وانظر المرجع السابق بند 649 صـ517 AUDIT (B) Dnoit -

حيث يقول : " يحكم قانون آثار الزواج الالتزامات المتبادلة للزوجين وبصورة أكثر عمومية تنظيم الأسرة والالتزامات ذات الطابع الشخصى البحت التى تتولد عن الزواج " الوفاء – المعاشرة – المساعدة " والتى تتسم بالطابع المعنوى أما ما تتعلق بالنظام الشخصى المتزوج الاسم والأهلية فهناك تردد بين قانون آثار الزواج أو القانون الشخصى لصحاب الشأن .

(2)د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – تنازع والختصاص .... صـ217، 218، أصول تنازع القوانين 2004، 2005م صـ213، 214، د/ هشام صادق – الموجز فى=

2)يدخل وبلا خلاف تحت مضمون قاعدة الإسناد المائلة كافة آثار الزواج وعلى وجه الخصوص، الالتزام بالطاعة، والمساكنة، وحق التأديب والقوامة والعدل بين الزوجات، والمهر [1] مع مراعاة المختلف فيه فى الفرع الثانى وما يخرج عن نطاق القاعدة المائلة وذلك فى المطلب الثانى .

الفرع الثانى

- ما يندرج تحت مضمون قاعدة الإسناد المائل مع وجود اختلافات فى الفقه والقضاء .

وقع خلاف فقهى قضائى على بعض آثار الزواج هل تندرج تحت قاعدة الإسناد المائلة أم تخضع لقاعدة أخرى وذلك فى الآثار الآتية :-

1- نفقة الزوجية . 2- أهلية المرأة المتزوجة 3- وجود بعض أموال الزوجين فى مصر 4- العقود ما بين الزوجين .

أولاً : نفقة الزوجية [2]

.

=القانون الدولى الخاص – تنازع القوانين .... صـ 247، 248، تنازع القوانين – منشأة المعارف .... صـ516 : 517، د/ محمد كمال فهمى – أصول القانون الدولى الخاص ...... صـ545، 546، د/ أحمد سلامه – علم قاعدة التنازع ..... صـ صـ812، 813 . المستشار/ تادرس ميخائيل تادريس – القانون المقارن ...... صـ141، د/ محمود مصيلحى، د/ صلاح الدين جمال مبادئ القانون الدولى الخاص – صـ417، 418، د/ جابر جاد عبد الرحمن – تنازع القوانين – صـ312 وما بعدها .

(1)استفيد هذا من مطالعة ذات المصادر المشار إليها فى الهامش السابق

(2)نفقة الزوجية قسمان عادية ومؤقتة، والعادية هى التى تترتب على عقد الزواج والمؤقتة هى التى تطالب بها الزوجة القضاء عند الامتناع عن الإنفاق فيقضى بنفقة=

ويثير البحث فى مدى سريان قاعدة الإسناد المائلة على نفقة الزوجية عدة تساؤلات :- عن مدى الاعتداد بنفقة الزوجية فى آثار الزواج، ثم اعتبارها أثراً شخصياً أو أثراً مالياً للزواج ؟ ثم عن تنازع قانون جنسية الزوج وقانون جنسية المدين بالنفقة عليها، وهل تعتبر النفقة الوقتية من آثار الزواج ؟ وما هو القانون الواجب تطبيقه عليها ؟ وذلك فى النقاط التالية تباعاً .

مدى الاعتداد بنفقة الزوجية فى آثار الزواج .

فى الواقع أن نفقة الزوجية مرتبطة بالزواج وجوداً وعدماً بحيث إنه لا زواج فلا نفقة زوجية من هذا الارتباط الشديد بات يقيناً أن النفقة الزوجية أثر من آثار الزواج وقد أكد هذا المعنى القانون المصرى فى أحكامه فمن ذلك المادة الأولى منه [1] بقولها : " تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح .... ولو كانت موسرة أو مختلفة معه فى الدين " ومن ثم أصبحت نفقة الزوجية ديناً فى ذمة الزوج عند امتناعه عن الإنفاق على زوجته ولا تسقط إلا بالوفاء أو الإبراء [2]، ولذلك يبرر الطلاق عند عدم الإنفاق وذلك بتطبيق القاضى لزوجة الممتنع عن الإنفاق عليها"[3]

=مؤقتة لحين الفصل فى الطلب الأصلى، وكذا النفقة التى يقضى بها للمطلقة، وقد سبق بيان ذلك بالتفصيل عند الحديث عن النفقة فى الفصل الثانى من الباب الثانى .

(1)من القانون رقم 25 لسنة 1920 م المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م

(2)وهذا هو مضمون الفقرة السابعة من المادة الأولى من القانون المشار إليه آنفاً

(3)انظر المادة السادسة من ذات القانون .

ومن هنا قام الإجماع الفقهى على اعتبار النفقة الزوجية من أهم آثار الزواج [1] ولم يختلف القضاء المصرى على هذه المسلمة [2]

وقد قضت محكمة الإسكندرية بأن : " الزوجة تستحق نفقتها على زوجها من العقد ..... " [3] وقد قضت تلك المحكمة أيضاً بأن " القانون الواجب التطبيق على النفقة هو قانون الزوج وقت الزواج باعتبار نفقة الزوجية من مسائل الأحوال الشخصية المترتبة على عقد الزواج " [4]

---

(1)المستشار/ محمد الدجوى – الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين فقهاء وقضاء، مطبعة النشر للجامعات المصرية صـ91 وما بعدها، د/ توفيق فرج – أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين – منشأة المعارف 1969م – ط 3 صـ707 وما بعدها، د/ جابر جاد عبد الرحمن – تنازع القوانين – صـ313 : صـ321، د/ أحمد سلامه – علم قاعدة التنازع .... صـ813 وما بعدها، د/ جمال الكردى – دروس فى القانون الدولى الخاص ....صـ326 : صـ327، د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – تنازع القوانين ..... صـ216 وما بعدها، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم – القانون الدولى الخاص ... صـ204، د/ محمود مصيلحى، د/ صلاح الدين جمال مبادئ القانون الدولى الخاص ... صـ415، 416، د/ هشام صادق – الموجز فى القانون الدولى الخاص .....صـ245 وما بعدها

(2)د/ جابر جاد عبد الرحمن – تنازع .... صـ313 : 321 .

(3)وذلك بالجلسة المنعقدة فى يوم 24 / 11 / 1985م – فى القضية رقم 1 لسنة 1984م، د/ هشام خالد – أحكام الزواج للمصريين من الأجانب -- دار الفكر الجامعى 200 صـ9 : صـ!3، وانظر أيضاً مجموعة الأحكام التالية له

(4)حكم المحكمة فى 18 / 3 / 1950م – مجلة التشريع والقضاء السنة الثالثة حكم رقم 11 – د/ جابر عبد الرحمن تنازع القوانين – صـ315 : 317 .

وقد قضت محكمة القاهرة الابتدائية بأنه " لما كانت النفقة من الآثار المترتبة على عقد الزواج فلا يصح ترتيبها إلا على الزواج الصحيح .... " [1] وهذا يتفق مع موقف الفقه الإسلامى حيث إن مسائل النفقات تدخل فى إطار ما تم إقرارهم عليه وقد سبق بيان أن هذا الإطار هو ما يطلق عليه أحوال شخصية فى الاصطلاحات الحديثة . [2]

اعتبار النفقة الزوجية من الآثار الشخصية للزواج

آثار الزواج - وكما سبق بيان ذلك بالتفصيل - منها ما هو شخصى محض كحل المعاشرة، ومنها ما هو ذو طابع مالى كالنفقة والمهر والميراث وهذه الآثار كلها شخصية، ومنها الآثار المالية للزواج والتى تعرف فى القوانين الغربية ولا تعرف فى الشريعة الإسلامية ولا ما تأثر بها من قوانين الدول العربية . وعلى ذلك فإن النفقة فى الشريعة الإسلامية من الآثار المالية للزواج وذلك حيث إن النفقة بها الطابع الشخصى والمالى فى ذات الوقت فالجانب الشخصى يتمثل فى أنها شخصية لا يحق لغير الزوجة المطالبة بها، ولا يحق لورثتها المطالبة بالمتجمد منها فى ذمة الزوج، ولا تورث عنها، ولا يطالب بها بدون وجود زواج صحيح، من هنا كانت شخصية، أما الجانب المالى منها فواضح لأنها تنصب على المال فهى أولاً وأخيراً مبلغ مالى، لكن بعض المحاكم فى مصر قد خلطت بين النفقة كأثر مختلط بين الشخصية والمالية، وبين الآثار المالية التى تعرفها القوانين الغربية، فيكيف النفقة على أنها من الآثار المالية طبقاً للقوانين الغربية ومن ذلك ما قضت به محكمة الإسكندرية الابتدائية بأن النفقة

---

(1)حكمها فى 13 / 1 / 1953م – حكم رقم 78 – د/ جابر عبد الرحمن – تنازع القوانين – صـ319 : صـ320

(2)انظر هذا فى المبحث التمهيدى لهذه الرسالة صـ 43

من الآثار التى يرتبها عقد الزواج بالنسبة للمال ومن ثم قررت نفقة للزوجة طبقاً للقانون الهولندى تتناسب مع ثروة الزوج وأكدت هذا التكييف بقولها: " بما أنه بالنسبة لطلب النفقة فإن القانون الواجب التطبيق طبقاً للمادة 13 / 1 من القانون المدنى المصرى هو قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج باعتبار أن النفقة من الآثار التى يرتبها عقد الزواج بالنسبة للمال " [1]

وفى حكم مماثل لمحكمة القاهرة الابتدائية[2] ذهب إلى ذات التكييف للنفقة على اعتبارها أثراً مالياً للزواج بذات المفهوم فى القوانين الغربية، وليس بمفهوم الأثر المالى فى الفقه الإسلامى، ومثل هذه الأحكام محل نقد من الفقه [3] والواقع أن النفقة - وكما سبق - من الآثار الشخصية ويؤيد هذا نص المادة 1/13، والمذكرة الإيضاحية لها [4] كما أن النفقة تعد من الآثار الشخصية للزواج فى الدول الأوربية [5] وقد قضت محكمة النقض المصرية بما يؤيد تكييف النفقة بأنها من الآثار الشخصية

---

(1)حكم المحكمة بتاريخ 14 / 1 / 1950، حكم رقم 79 – مجلة التشريع والقضاء 1950 السنة الثانية – صـ161 وما بعدها، ذكره : د/ جابر جاد – تنازع القوانين .... صـ321، 322 .

(2)دائرة الأحوال الشخصية بالمحكمة للأجانب فى 18 نوفمبر 1952 م د/ أحمد سلامه – علم قاعدة التنازع ....صـ813 الذى يشير إلى د/ عز الدين عبد الله جـ2 هامش 3 صـ295

(3)د/ جابر عبد الرحمن – تنازع .... صـ813، حيث يقول : " والحق أن الحكمين السالفين لم يصاحبهما التوفيق فى خصوص هذا التكييف الأخير .. " وأراد بالحكمين الحكم الأول وحكم آخر لذات المحكمة، د/ أحمد سلامه – علم ... صـ813

(4)د/ جابر جاد – تنازع صـ322

(5)د/ جابر حاد – تنازع صـ322

للزواج [1] وقد استقر الفقه المصرى على أن النفقة الزوجية فى القانون المصرى من الآثار الشخصية للزواج[2] هذا مع وجوب التنبيه على عدم نفى الطبيعة المالية للنفقة فقد سبق بيان أنها ذات طبيعة مختلطة[3] لكن القانون المصرى غلب عليها الطبيعة الشخصية حيث إنها مقررة فى مقابل احتباس الزوجة لحق الزوج فأشبهت الأجر فى الوظيفة العامة فكانت أثراً شخصياً لا يورث .

---

(1)حكم 14 / 1 / 1954 منشور فى مجموعة أحكام النقض 1954م السنة 5 صـ950، ذكره د/ أحمد سلامه – علم قاعدة .... صـ813، 814، د/ جابر جاد – تنازع صـ313

(2)د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – تنازع القوانين ..... صـ216 وما بعدها، د/ هشام صادق – الموجز .... صـ245، د/ أحمد سلامه – علم ..... صـ814، د/ جابر عبد الرحمن – تنازع القوانين .... صـ322، د/ محمود مصيلحى، د/ صلاح الدين جمال – مبادئ ..... صـ414، د/ إبراهيم أحمد – القانون ...... صـ204، د/ أحمد مسلم – موجز القانون ...... صـ227 : 228، المستشار/ تادرس ميخائيل – القانون المقارن .... صـ141، د/ على على سليمان – شرح القانون الدولى الخاص الليبى .... صـ102، د/ حسن الهداوى – تنازع القوانين فى القانون العراقى .... صـ171، د/ محمد كمال فهمى – أصول القانون صـ545

(3)ومن الفقه المصرى من نص على هذه الطبيعة المختلطة أذكر منهم د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – تنازع القوانين .. صـ217 وإن كان أكد على أنها من طبيعة مالية فقط، د/ هشام صادق – الموجز ... وذلك بقوله : " والآثار الشخصية للزواج قد تكون شخصية بحتة وقد تتسم بالطابع المالى .... أما الآثار ذات الطابع المالى فمثالها ... وحق كل من الزوجين على الآخر فى نفقة الزوجية " صـ245

وقد صرح باعتبار النفقة أثراً شخصياً المادة 140 من مجموعة 1955 للأقباط الأرثوذكس من أن " حق النفقة حق شخصى، فلا يجوز لورثة من تقررت له النفقة المطالبة بالمتجمد منها " (1)

التنازع بين المادة 1/13 والمادة 15 من القانون المدنى على نفقة الزوجية .

أورد المقنن المصرى قاعدة إسناد ضمنها المادة 15 والتى تقضى بأن " يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها " هذا مع وجود قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج وكون نفقة الزوجية إحدى النفقات قد يوحى بالايهام فى خضوعها لأى القاعدتين قانون الزوج أو قانون المدين بالنفقة، لكن لما كانت النفقة أثراً من آثار الزواج فمن المعقول إخضاعها لقاعدة قانون الزوج، وهذا ما أكدته الأعمال التحضيرية للقانون المدنى حيث كان نص المادة 15 من مشروع القانون المدنى عاماً بالقول بأنه " يسرى على الالتزام بالنفقة قانون المدين بها " بيد أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قررت إضافة عبارة " فيما بين الأقارب " وصرحت بأن الحكمة من تلك الإضافة التحرز عن نفقة الزوجية التى تخضع لقاعدة قانون الزوج التى تعد أثراً من آثار الزواج . (2) وبهذا أخذت

---

(1)انظر بالتفصيل د/ توفيق فرج – أحكام ...... صـ722 .

(2)مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ1 صـ265، وقد ذكره د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – تنازع .... هامش 2 – صـ221

المحاكم المصرية فى قضائها فى نفقة الزوجية (1) ولا يوجد فى الفقه المصرى من يرى خلاف ذلك (2).

مدى اعتبار النفقة الوقتية من آثار الزواج

ويقصد بالنفقة الوقتية للزواج : " النفقة التى تطالب بها الزوجة أثناء رفع دعوى ترتبط بإنشاء رابطة الزوجية أو إنهائها " (3) وقد انقسم الفقه المصرى إلى فريقين فى شأنها فيرى الفريق الأول : (4) أن النفقة المؤقتة لا تعد من آثار الزواج حيث إنها لا صلة لها بجوهر الزواج إذ قد يحكم بالنفقة الوقتية برغم أن النزاع الأصلى حول صحة الزواج ذاته (5)

---

(1)انظر مجموعة الأحكام التى ذكرها د/ هشام خالد – أحكام الزواج للمصريين من الأجانب .... من صـ9 وما بعدها

(2)وانظر فى قضاء النقض – مجموعة الأحكام الصادرة من الجمعية العمومية والدائرة المدنية لمحكمة النقض السنة الخامسة – العدد الثالث (ابريل – يونيو) 1954م – صـ150 وما بعدها

(3)د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – تنازع .... صـ220، 221، أصول تنازع القوانين .... صـ217 د/ جمال الكردى – دروس .... صـ326، 327، د/ محمد كمال فهمى – أصول .... صـ454، 546 د/ إبراهيم أحمد – القانون صـ204

(4)د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد تنازع القوانين ..... صـ222، 223، 224، د/هشام صادق – الموجز 246

(5)د/ إبراهيم أحمد – القانون .... صـ205، 206، د/ أحمد مسلم – النفقة الوقتية تكييفها، والقانون الذى يحكمها – مجلة التشريع والقضاء – السنة الرابعة – صـ9 وما بعدها، د/ حسن بغدادى – القانون الواجب تطبيقه على النفقة الوقتية – مجلة الحقوق – الإسكندرية – 1950م السنة الرابعة صـ147 وما بعدها، د/ محمد كمال فهمى – أصول ..... صـ549 .

وعلى ذلك فالنفقة الوقتية من التدابير الضرورية التى يطلب من القضاء اتخاذها بغض النظر عن النزاع الأصلى نفسه [1]

بينما يرى البعض أن النفقة الوقتية اجراء من الإجراءات التى يقصد بها المحافظة على السلام العام والسكينة فى الدولة فهى تهدف إلى دفع الضرر البالغ الذى قد يلحق بمن كان فى حالة عوز واشتدت به الحاجة إلى القوت وتلك الاعتبارات تتعلق بالأمن المدنى بل من القواعد ذات التطبيق الضرورى التى تفلت من قواعد التنازع حتى وإن اشتمل النزاع على عنصر أجنبي [2] ويرى آخر: أن النفقة الوقتية ما هى إلا إجراء تحفظى يلزم لحفظ أو حماية حقوق الزوجة، ثم يعود إلى القول بأن القضاء بها لتعلقها بالأمن المدنى والمحافظة على السلام العام فى الدولة ويعود فى النهاية إلى أنها من التدابير الضرورية [3] وقد رآها البعض الآخر: أنها من موضوع دعوى التطليق [4] ويضيف آخر أنها من الإجراءات الوقتية والتحفظية المتعلقة بالتطليق باعتبارها من إجراءات الأمن المدنى [5]

ويعدها البعض : أنها من إجراءات التقاضى طبقاً لأحكام المادة22 مدنى والتى تقضى بأن " يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل

---

(1)د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – تنازع ...... صـ222، 223 .

(2)د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – تنازع ...... صـ223، 224

(3)د/ هشام صادق – الموجز صـ246

(4)د/ إبراهيم أحمد إبراهيم – القانون .....صـ205، 206 – وقوله هذا مزج بين الرأيين السابقين وقد صرح فى الهامش بإتباعه لرأى الدكتور فؤاد رياض

(5)د/ أحمد مسلم – النفقة الوقتية .... صـ9 وما بعدها

الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات " [1]

هذا هو الفريق الأول الذى يتفق على أن النفقة المؤقتة ليست من آثار الزواج ويختلف فى تكييفها بعد ذلك على النحو الموضح سابقاً .

الفريق الثانى : ويرى أن النفقة المؤقتة لا تشذ عن تلك الآثار من حيث الإسناد وتخضع لذات القانون فهى أثر ونتيجة لقيام رابطة الزوجية، وتستند إلى الوضع الشخصى أو صفة طالبها باعتباره زوجاً . [2] وقد أيدت هذا الاتجاه بعض أحكام القضاء المصرى ومن ذلك حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية الذى قضى فى نفقة مؤقتة لزوجة بإتباع المادة 1/13 ولما كانت الزوجة مصرية عدل عنها إلى المادة 14 مدنى وجاء قضاؤها فى النفقة المؤقتة على أنها من آثار الزواج [3]

وفى حكم آخر لها صرحت بأن النفقة الوقتية تعد من آثار الزواج فهى من مسائل الأحوال الشخصية المترتبة على عقد الزواج " [4]

---

(1)د/ محمد كمال فهمى – أصول صـ549

(2)د/ حسن بغدادى – القانون الواجب تطبيقه على النفقة الوقتية – مجلة الحقوق – الإسكندرية .... صـ147 وما بعدها

(3)د/ أحمد سلامه – علم قاعدة ...... صـ814، 815، وقد أيده فى هذا : د/ محمود مصيلحى، د/ صلاح الدين جمال – مبادئ صـ417
بالجلسة المنعقدة فى 24 / 11 / 1985م فى القضية رقم 2 لسنة 1985م أحوال أجانب الرمل . د/ هشام خالد أحكام الزواج للمصريين .... صـ51 وما بعدها .

(4)الجلسة المنعقدة فى 18 / 3 / 1950م بصدد طلب نفقة وقتية – مجلة التشريع والقضاء السنة الثالثة – حكم رقم 11 – صـ29 35 ذكره د/ جابر عبد الرحمن – تنازع القوانين ..... صـ315 : 317، وانظر مجموعة الأحكام التى أشار إليها د/أحمد سلامه – علم قاعدة التنازع ...... هامش 174 – صـ815 .

وبالحق فإن النفقة الوقتية للزواج لا تنفك عن آثار الزواج فلولا الزواج ما كان حديثاً عنها كما أنه لا يمكن رفعها من غير زوجة، ولا يعنى بعد ذلك أن تكون مرتبطة بدعوى تطليق أو فسخ، أو دعوى نفقة عادية، فهى فى كل الأحوال من آثار الزواج هذه هى طبيعتها أما ما ساقه الفقه من الفريق الأول فهى مبررات للقضاء بهذه النفقة على وجه الاستعجال، وليس تأصيلاً لطبيعتها وجوهرها، الذى لا ينفصم عن مجموعة الآثار للزواج .

القانون الواجب تطبيقه على النفقة الوقتية

على نحو ما حدث فى المسألة السابقة فإن الفقهاء الذين رأوا أن النفقة الوقتية ليست من آثار الزواج قالوا بوجوب تطبيق قانون القاضى وذلك دونما اكتراث بقواعد التنازع " فتطبيق القاضى للقواعد المقررة فى قانونه بصدد التدابير الوقتية إنما يتم بشكل مباشر، وليس إعمالاً لقواعد الإسناد "[1] ويرى البعض إعمال قانون القاضى لأنها من القواعد ذات التطبيق الضرورى التى تفلت من مجال التنازع لتعلقها بصميم النظام العام فى الدولة، مما يقتضى إعمالها فى جميع الأحوال .[2] ويرى البعض الآخر خضوعها لقانون القاضى على أساس أنها من الإجراءات طبقاً للمادة 22 مدنى مصرى[3] بينما رأى الفريق الثانى خضوع النفقة الوقتية للقانون الذى يحكم آثار الزواج " قانون بلد الزوج وقت الزواج "[4] وذلك مادام رجح

(1)د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – تنازع صـ224

(2)د/ هشام صادق – الموجز .... صـ246 .

(3)د/ حسن بغدادى – القانون الواجب تطبيقه .... صـ147 وما بعدها

(4)د/ أحمد سلامه – علم .... صـ814، 815

اعتبارها من آثار الزواج . " فطالما أمكن القاضى الكشف عن مضمون أحكام القانون الأجنبى واجب التطبيق لزمه إعماله "[1]

ثانياً :- أثر الزواج على أهلية المرأة المتزوجة .

لا تتأثر أهلية المرأة المتزوجة بعد الزواج فى الإسلام، فقد جاء الإسلام مؤكداً استقلالية المرأة عن الرجل فى حقوقها المدنية المختلفة، معلناً حريتها التامة فى التصرف بأموالها دون وصاية عليها ما دامت رشيدة[2] وهذا هو موقف القانون المصرى والقوانين العربية حتى أصحاب الشرائع الملية فى مصر لا يخرج موقفهم عن هذا .

بيد أن الأمر جد مختلف فى القوانين الغربية ففى فرنسا مثلاً :

وقبل عام 1928م كانت أهلية Capacire الزوجين تتأثر بالزواج وذلك فى ظل قانون بونابرت البرجوازى الذى قضى على أهلية المرأة المتزوجة تماماً ولقد كانت القوانين السابقة على قانون بونابرت أكثر تحرراً واحتراماً لحقوق المرأة وذلك قبل عام 1804م قبل القرن التاسع عشر فقد كان استقلال المرأة المتزوجة أكثر احتراماً،

وقد اعتبر المقنن الفرنسى عام 1804م الزواج بمثابة اجتماع يتضمن عدداً من الحقوق والالتزامات المتبادلة للزوجين، واعتبر الزوج هو المتكفل

(1)د/ أحمد سلامه – علم .... صـ815، وقد رجحه د/ محمود مصيلحى، د/ صلاح الدين جمال – مبادئ ..... صـ417 .

(2)د/ محمد سعيد رمضان البوطى – المرأة بين طغيان النظام الغربى ولطائف التشريع الربانى – دار الفكر – دمشق – سوريا – دار الفكر المعاصر – بيروت – لبنان صـ50، وفى هذا يقول الله تعالى " ولا تتمنوا ما فضل الله به بعضكم على بعض للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن واسألوا الله من فضله إن الله كان بكل شيء عليما " النساء – آية 32 .

بالإدارة المعيشية، وأصبح للزوج على زوجته سلطة زوجية تقابل السلطة الأبوية التى يمارسها الأب على أولاده، ولم يكن للمرأة أهلية القيام بالتصرفات القانونية دون تصريح من الزوج، ثم تعاقبت القوانين التى عدلت من نظام المرأة المتزوجة وذلك على النحو التالى : قانون 18 فبراير 1938م الذى ألغى عدم أهلية المرأة المتزوجة وأقرها كاملة الأهلية القانونية، ثم قانون 22 سبتمبر 1942م الذى عزز من مبدأ الأهلية المعترف بها للمرأة المتزوجة، ولكن مع تأكيده بصفة قطعية لصفة رب الأسرة للزوج، وجاء قانون 13 يولية 1965م بشأن تعديل الأنظمة المالية matniman، ai الذى حقق تطوراً حيث قللت القواعد الجديدة من امتيازات الزوج، ومن ثم تقلصت سلطاته على الأموال المشتركة وألغت تدخله فى إدارة أموال زوجته الخاصة، كذلك أقام القانون نظام مساواة بين الزوجين، وحرية ممارسة المهنة دون إمكانية اعتراض الزوج (المادة 233) والإدارة المشتركة للتصرفات الأكثر خطورة [1]

---

(1)انظر بالتفصيل فى القانون والفقه الفرنسى :

- A lain Benabent . DROIT CIVIL LAFAMILLE ،Litec – neuvieme edition ed 1998

بند 149 وما بعدها وخاصة بند 152، 156 .

وقد نظم القانون الفرنسى آثار الزواج فى المواد من 203 إلى 226 .

- CEDH 26 mann 1992 ،D. 1993 ،SOMM 388 IJ . C . P . 1993 . 1 . 3679

أما عن القانون الواجب تطبيقه على أهلية المرأة المتزوجة فالراجح فى كل من مصر وفرنسا خضوعها لذات القانون الذى يحكم آثار الزواج، وذلك لضمان وحدة العلاقات الزوجية [1]

بيد أن هناك أحكاماً فى فرنسا تطبق القانون الشخصى للمرأة؛[2] غير أن هذه الأحكام ليست قاطعة لأنها صدرت فى حالة اتحاد جنسية الزوجين [3]

المطلب الثانى

ما يخرج من آثار الزواج عن نطاق قاعدة الإسناد .

لاشك فى أن آثار الزواج قد تتجاوز الخمسين أثراً مما جعلها متشابكة مع كل نواحى الحياة، فهى أحياناً تختلط بالأموال، وفى أخرى تدخل فى نطاق الميراث، وأحياناً تلتبس بالعقود والتجارة، وبالرغم من هذا الاتساع وذاك التشابك والتعدد فإن بعضاً من آثار الزواج يخرج عن نطاق قاعدة الإسناد ليدخل تحت قاعدة أخرى وأبرز ما يخرج عن نطاق القاعدة الماثلة : -

---

(1)انظر فى الفقه المصرى د/ أحمد سلامه – علم ..... صـ818، د/ هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال، د/ حفيظة الحداد – القانون .... صـ272، 273، د/ جابر عبد الرحمن – تنازع .... صـ312 .

وفى الفقه الفرنسى

(2)- Yvon Loussouarn ، Deoit international privve DALLOZ ،7 edition 2001 بند 313 – صـ373

- cass civ . 19 fev . 1963 ،chemouni, Rev . cn . dn . int . pn . 1963 ، 559

(3)المرجع السابق بند 313 صـ374 Yvonlou ssouarn . Droit

1- التكييف القانونى لآثار الزواج .

2- ميراث الزوجين .

3- أثر الزواج على الجنسية .

4- قانون موقع المال .

وأكتفى هنا بالآثار الثلاثة الأول فقط لارتباطها ببحثى وفى المراجع العامة ما يغنى عن الرابع .

الفرع الأول

التكييف القانونى لآثار الزواج

لما كانت العلاقات الإنسانية متشعبة، وغير ممكنة الحصر، درجت النظم القانونية المختلفة على ضم كل مجموعة من المسائل أو العلاقات المتشابهة ووضعها فى إطار واحد وذلك لإخضاعها لقاعدة إسناد واحدة .[1] ولما كان تنظيم هذه العلاقات وإعطاؤها ذلك الوضع، وكانت النظم فى الدول مختلفة فيما بينها بشأن هذه المجموعات المختلفة، فالنصوص تتناهى والوقائع لا تتناهى[2] فالتكييف هو عملية فنية تستهدف تحديد الطبيعة أو الوصف القانونى للمسألة التى تثيرها وقائع

---

(1)د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – أصول تنازع القوانين 2004 / 2005م – صـ97

(2)د/ أحمد سلامة – مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية – دار النهضة العربية – صـ64، د/ هشام خالد – النظرية العامة لتنازع القوانين – ط 3 – 3002 – صـ595، حيث يقول : " ولن يتسنى للقاضى المصرى تحديد القانون الواجب تطبيقه على المنازعة ما لم يقم بتكييفها حيث يتم إدخالها فى إحدى الأفكار المسندة ....

المنازعة ذات الطابع الدولى وذلك بغية إدراجها فى طائفة معينة من طوائف الروابط والمسائل القانونية التى وضع المشرع لها قاعدة إسناد " (1)

ومن هنا فإن تكييف المسألة المعروضة على القاضى عمل أولى يقوم به القاضى من أجل الوصول إلى قاعدة الإسناد التى تندرج تحتها المسألة المعروضة على القاضى .

وقد حسم المقنن هذه المسألة فجعلها من اختصاص القانون المصرى وذلك بنص المادة العاشرة من القانون المدنى بقولها : " القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها " [2] فهذا نص حاسم فى موضوعه، ولكن ما المقصود بالقانون المصرى هنا ؟ وما دور القاضى فى تكييف المنازعات ؟

---

(1)د/ أحمد سلامة – مختصر .... – صـ66، 67

(2)وإخضاع التكييف القانونى لقانون القاضى هو المنهج المتبع فى القوانين العربية فمن ذلك المادة 11 من القانون المدنى السورى، والمادة 10 من القانون المدنى الليبى، والمادة 1/17 من القانون المدنى العراقى، وكان هذا هو الحل الذى اعتنقه القضاء فى مصر قبل العمل بالقانون المذكور، وهو الحل الذى ثبت عليه الفقه فى مجموعه . انظر فى هذا بالتفصيل المناسب : د/ جابر جاد عبد الرحمن – القانون الدولى الخاص العربى – جـ3 – تنازع القوانين (1) معهد الدراسات العربية 1960م بند 26 صـ88 وما بعدها .

وذلك فى النقاط التالية :-

أولاً : دور القاضى المصرى فى تكييف آثار الزواج طبقاً للقانون المصرى وحدوده .

يتمثل دور القاضى المصرى فى التكييف فى استقصاء عدة أمور للوصول إلى القانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج فى المنازعة المعروضة عليه :

فمن جهة يلزم القاضى معرفة ما إذا كانت المنازعة المعروضة تدخل فى إطار آثار الزواج أم تخرج عنها ، وذلك يتحقق له بمعرفة ماهية آثار الزواج والتقسيمات المختلفة لها . فإذا توصل إلى أن المنازعة المعروضة عليه تدخل فى نطاق آثار الزواج لزمه بعد ذلك معرفة ما إذا كان من الآثار المالية أو الشخصية للزواج، ذلك أن القانون الواجب تطبيقه قد يفرق بينهما فى الأحكام، ولأن المقنن المصرى لم يفرق بينهما من حيث قاعدة الإسناد فمن الممكن أن يختلف تنظيم القانون الواجب تطبيقه للآثار الشخصية عن الآثار المالية ، فإذا انتهى القاضى إلى أن المنازعة المعروضة عليه من آثار الزواج، وأنها من الآثار الشخصية أو المالية ، لزمه أن يصل إلى قاعدة الإسناد التى تشير إلى القانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج، ذلك أن القانون المصرى توجد به أكثر من قاعدة إسناد خاصة بالزواج، فالشروط الموضوعية والانعقاد لها قاعدة، والشكل له قاعدة، والانحلال والفسخ له قاعدة، فإذا انتهى القاضى إلى معرفة قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج لزمه أن يحدد نطاق القاعدة فهل المنازعة المعروضة عليه داخلة فى نطاق قاعدة الإسناد أم خارجة عنها لتدخل فى نطاق قاعدة أخرى، فالمنازعة حول الميراث بالزوجية وإن كان من آثار الزواج إلا أنه يخرج عن نطاق

قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج ليدخل فى نطاق قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث .

فإذا حدد القاضى المنازعة المعروضة من نطاق قاعدة الإسناد لزمه معرفة القانون الواجب تطبيقه " قانون وطنى أم أجنبى " وذلك بحسب أطراف المنازعة ، فإن الزوج الوطنى والزوجة الأجنبية تجعل من القانون المصرى هو المشار إليه بالمادة، وكذا إذا ما كانت الزوجة وطنية وذلك طبقاً للاستثناء المشار إليه بالمادة 14 من القانون المدنى، أما حينما يكون الزوجان أجنبيين حينئذ يكون قانون الزواج هو الواجب تطبيقه وينتهى من ثم دور القانون المصرى ولا يمتد إلا فى أحوال ثلاثة :- الأولى : إذا أشارت إليه قاعدة الإسناد . الثانية : إذا كان القانون الواجب تطبيقه مخالفاً للنظام العام المصرى . الثالثة : إذا اختار الأطراف القانون المصرى .

ثانياً : المقصود بالقانون المصرى الذى يتم التكييف وفقاً له فى آثار الزواج .

يمكن تقسيم آثار الزواج إلى أربعة أقسام :(1)

القسم الأول : وهو آثار الزواج التى وضع المقنن لها قواعد موحدة، وذلك كالميراث بالزوجية حيث تسرى على جميع الوطنيين مسلمين وغير مسلمين، هنا تكون هذه القواعد هى الواجب تطبيقها فى تكييف العلاقة أو المنازعة المعروضة على القاضى .

---

(1)قريب من هذا التقسيم : د/ محمود مصيلحى، د/ صلاح الدين حمال – مبادئ القانون الدولى الخاص .... صـ126 د/صلاح الدين جمال – مشكلات حضانة الأطفال فى زواج الأجانب – دراسة مقارنة – دار الفكر الجامعى 2004 صـ14 وما بعدها

القسم الثانى : ويشمل آثار الزواج التى سمح القانون بتطبيق الشرائع الملية فيها، وذلك كالدوطة، وذلك باتباع الشروط المقررة فى المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000م، فتكون هذه القواعد هى المعنية بالقانون المصرى عند التكييف فيما يقابلها من منازعات ذات عنصر أجنبى .

القسم الثالث : ويشمل آثار الزواج التى : 1- يكون جميع أطرافها مسلمين . 2- عند تخلف شروط إعمال شرائع غير المسلمين . 3- المسائل التى لم يضع المقنن لها تنظيماً خاصاً، حيث تطبق عند التكييف أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للراجح من مذهب أبى حنيفة .

القسم الرابع : وهى آثار الزواج التى لا يوجد لها نظير فى القانون المصرى ولا فى الشريعة الإسلامية، ولا فى الشرائع الملية، وذلك مثل الآثار المالية للزواج والتى تعرفها الشرائع الغربية كمشارطة الزواج واندماج الذمة المالية، ونظام الأموال بين الزوجين، وهذا النظام المالى للزوجين قد يكون نظاماً قانونياً، وقد يكون نظاماً اتفاقياً وقد حسم المقنن تكييف هذه الآثار فنص على أنها من آثار الزواج وأنها من الأحوال الشخصية، وأن القانون الواجب تطبيقه عليها هو قانون الزوج، وذلك كله فى المادة 13 وذلك بقولها : " بما فى ذلك من أثر بالنسبة إلى المال " ومن هنا فإنه رفع ذلك الحرج عن الفقه، حيث إن مشارطة الزواج هذه قد تثير عند كيفها أنها عقد يخضع لقاعدة الإسناد الخاصة بالعقود وخاصة فى حالة وجود عقارات لقانون موقع العقار، وأيضاً فى حالة اختيار الأفراد إعمال قانون

آخر غير قانون جنسية الزوج إلا أنه لا يمكن إغفال أن النظام المالى بين الزوجين أولاً وأخيراً أثر من آثار الزواج [1].

وفى النهاية فإن التكييف القانونى لآثار الزواج عامة يخرج عن نطاق قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج ويدخل فى إطار قانون القاضى .

الفرع الثانى

ميراث الزوجين

مما لا ريب فيه أن ميراث أحد الزوجين من الآخر بعد الوفاة أثر من آثار الزواج، فلولاه ما كان للزوج نصيب فى تركة زوجته قال تعالى : ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [2] وبرغم هذا التعلق الشديد بالزواج وآثاره فإن المقنن المصرى قد أخرج توارث أحد الزوجين من الآخر من قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج ووضعها ضمن قاعدة عامة خصصها المقنن للميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة لما بعد الموت وذلك بمقتضى

(1)انظر فى التكييف القانونى للنظام المالى للزوجين فى الفقه : د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – أصول تنازع ... صـ220 وما بعدها، د/ محمد كمال فهمى – أصول ..... صـ545، 546 . د/ هشام صادق الموجز .... صـ247 وما بعدها، د/ محمود مصيلحى، د/ صلاح الدين جمال – مبادئ ..... صـ417 وما بعدها د/ ابراهيم أحمد إبراهيم – القانون الدولى ..... صـ207 وما بعدها، د/ جابر جاد عبد الرحمن – تنازع القوانين .... صـ324 وما بعدها

(2)سورة النساء – جزء آية 12 .

المادة 1/17 على أنه " يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث ..... "

تقييم التنظيم القانونى لميراث الزوجين

لقد ضحى المقنن بالارتباط المادى بين آثار الزواج فى حق ميراث الزوجين وذلك من أجل إتمام ارتباط قواعد الميراث عامة فجعل من توارث الزوجين جزءاً من قاعدة الميراث، وبدلاً من أن يخضع ميراث الزوجين لقانون الزوج دائماً، أصبح بمقتضى قاعدة الميراث يخضع لقانون المتوفى منهما سواء كان هو الزوج أم كانت الزوجة، ولعل هذا أيضاً من التوفيق الذى خالف المقنن فى هذا المكان وذلك لأن التوارث بين الزوجين لو خضع لقاعدة الآثار الزوجية لكان قانون الزوج هو الواجب تطبيقه حتى ولو كانت الزوجة هى صاحبة المال الذى يقسم ولتعددت من ثمّ القوانين الواجب تطبيقها على تركة واحدة بين قانون الزوج وقانون المتوفّى فى حق باقى الورثة، وهذا فيه ما فيه من الإرهاق والتعارض مما جعل المقنن يتجه هذا الاتجاه وقد أحسن صنعاً .

وقد سبق التعرض لقاعدة الإسناد الخاصة بالميراث بشيء من التفصيل فى موضع سابق من هذه الرسالة وذلك عند الحديث عن أثر الزواج على الميراث .

الفرع الثالث

أثر الزواج على الجنسية

برغم التأثير الكبير للزواج على جنسية الزوج والزوجة والأولاد إلا أنه لا يدخل فى إطار قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج التى تشير إلى قانون دولة الزوج وذلك لأن الدولة وحدها هى التى تنشئ الجنسية

وتمنحها[1] ويتفرع عن مبدأ حق الدولة فى إنشاء الجنسية مبدأ هام مقتضاه حرية الدولة فى مادة الجنسية، حيث تنفرد الدولة بتنظيم ومنح وسلب الجنسية ولا تشاركها فى ذلك أى دولة أخرى، وهذه القاعدة لازمة لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها، وقد أيدت اتفاقية لاهاى المنعقدة سنة 1930م بشأن الجنسية هذا المبدأ فتقضى المادة الأولى منها بأن : " لكل دولة أن تحدد الأشخاص الداخلين فى جنسيتها بمقتضى قوانينها الخاصة "[2] ومن هنا لا تملك أى دولة تنظيم جنسية دولة أخرى، لذا لا يصح الإسناد إلى قانون دولة الزوج فى خصوص آثار الزواج على الجنسية لأن تلك الآثار تنظمها أحكام قوانين الجنسية المصرية وخاصة القانون رقم 26 لسنة 1975م، والقانون رقم 154 لسنة 2004م، لذا فإن هذه الآثار للزواج على الجنسية تخرج عن نطاق قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج وذلك لخضوعها مباشرة لأحكام قوانين الجنسية المصرية .

الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون المصرى

بالحق لا يوجد تطابق بين الفقه الإسلامى والقانون المصرى ولا ريب فى وجود تباين وتوافق بين أحكام القانون المصرى وما أقره الفقه الإسلامى ويظهر هذا من النقاط التالية :-

أولاً:- مسألة التكييف

إذا كان القانون المصرى قد أخرج مسألة التكييف القانونى من نطاق القانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج على النحو السابق، فمعرفة دخول النزاع المعروض على القاضى فى إطار الأحوال الشخصية ومدى اعتباره أثراً من آثار الزواج، وهل هو من الآثار المالية أو الشخصية للزواج،

---

(1)د/ فؤاد رياض – الوسيط فى الجنسية صـ13

(2)د/ فؤاد رياض – الوسيط .... صـ22، 23 .

ومعرفة قاعدة الإسناد التى تشير إلى القانون الواجب تطبيقه ووصولاً إلى ذلك القانون، وقد تجاوز الفقه الإسلامى كل هذا فى تكييفه لمنازعة معروضة على القاضى المسلم، فهو يبحث أولاً هل المنازعة المعروضة فى علاقة زواج أم شيء آخر ؟ ومن جهة أخرى هل هذا الزواج صحيح أم غير صحيح ؟ وقد كان للفقه الإسلامى خلافاً مشهوراً فى توصيف أنكحة غير المسلمين بين مذاهب أربعة من عدم صحتها مطلقاً إلى صحتها مطلقاً إلى التوقف عن وصف هذه الأنكحة بالصحة وعدم الصحة، إلى ترجيح من قال بصحة ما صح فى حكم الإسلام وعدم صحة ما لايصح فى دين الإسلام بما يعنى فى النهاية أن القانون الذى يحدد مدى صحة هذا النكاح من عدمه هو الشريعة الإسلامية وقد سبق عرض هذا الخلاف تفصيلاً فى المبحث التمهيدى لهذه الرسالة . ثم يجتهد القاضى فى معرفة ما إذا كان المعروض عليه نزاعاً حول أثر من آثار الزواج وأنه خاضع لقانون أو شريعة أو ملة أو معتقد غير المسلمين وفقاً لما تم فى الماضى وقبل الترافع أو الإسلام وأنه خاضع فيما يستجد من أحكام لأحكام وقواعد الشرع الحنيف .

ثانيا:- مسألة ميراث الزوجين .

قد أخرج المقنن المصرى ميراث الزوجين بسبب الزوجية من نطاق قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج ليدخلها فى قاعدة عامة بالمواريث يخضع لها ميراث الزوجين وغير الزوجين من الورثة .

فإن فقهاء الإسلام قد وضعوا قواعد خاصة بالمواريث عند اختلاف الديانة وكذا عند اختلاف الجنسية بما أخرج معه ميراث الزوجين من نطاق ما شرعه فى آثار الزواج الأخرى فى علاقة زوجية ذات عنصر أجنبى أو زوجية بين غير مسلمين وطنيين أو أجانب تلك القواعد التى تحكم الميراث والتى بنيت على قوله صلى الله عليه وسلم : " لا يتوارث أهل ملتين

شتى " وقوله صلى الله عليه وسلم : " لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم " وبالتالى وضع الفقهاء قواعد خاصة بالمواريث بين غير المسلمين، والميراث مع اختلاف الجنسية، بل إن الفقهاء قد صرحوا بمنع توارث غير المسلمين بالأنكحة الباطلة كنكاح المحارم والجمع بين الأختين وبالتالى تخضع لأحكام الإسلام التى تمنع من ثَمَّ التوارث بين الابن وأمه كزوجة أو أخته، فالغالب فى المواريث عموماً أن القاضى المسلم لا يعمل إلا أحكام الشرع الحنيف فى مسائل المواريث وقد سبق الحديث فى هذا الأمر بالتفصيل فى الفصل الأول من الباب الثانى من هذه الرسالة .

ثالثا :- مسألة الجنسية .

إذا كان القانون المصرى قد أخرج مسائل الجنسية من نطاق قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج وذلك لتعلقها بكيان الدولة وخضوعها المباشر لتنظيم قانون الدولة المانحة للجنسية .

فإن منهج الفقه الإسلامى أصيل فى قيام الجنسية فى بلاد الإسلام على أسس من الإسلام الذى هو الانقياد والخضوع والتسليم لأحكام الإسلام فى حق المسلمين وغير المسلمين .

وأن الزوجة التى تدخل الجنسية بسبب زواجها من مواطن فى بلاد الإسلام إنما تكتسب الجنسية طبقاً لأحكام الإسلام وليس قانون أو ملة أو شريعة الزوجة بل طبقاً لما قرره الفقه الإسلامى اكتساباً من الشرع الحنيف من أحكام خاصة بالجنسية وبالتالى فالقانون الواجب تطبيقه على الجنسية هو أحكام الشرع الحنيف .

رابعاً :- أثر الزواج على أهلية المرأة المتزوجة

لقد كان الراجح فى كل من مصر وفرنسا أن القانون الذى يحكم المسألة المعروضة هو القانون الذى يحكم آثار الزواج ذاته وذلك لضمان وحدة العلاقات الزوجية ، بيد أن الفقه الإسلامى لا يعرف تأثيراً للزواج على أهلية المرأة المتزوجة ، فهذا التأثير غير قائم ولا يعتدُ به فى الإسلام، وبالتالى فإن الفقه الإسلامى لا يلتفت إلى هذا ومن ثم لا يعترف به فيما يستجد وإن كان يقره ما تم فيه سابقاً إلا أنه لا يسمح به لاحقاً طبقاً للفقه الراجح خلافاً لأبى حنيفة الذى يجعل ملة أو معتقد غير المسلمين هى الحاكمة على آثار الزواج لديهم دائماً ، وبالتالى فأبو حنيفة يرى خضوع أثر الزواج على أهلية المرأة المتزوجة لقانون ملة أو معتقد الزوجين، ولكن الجمهور على اعتبار ما تم من هذا الأثر قبل التداعى إلى القاضى المسلم أو قبل إسلام الزوجين أو أحدهما ويخضع للملة أو الدين أو المعتقد الذى نشأ فى ظلاله وإن ما يستجد منها بعد التداعى أو الإسلام يخضع لأحكام الإسلام .

خامساً :- نفقة الزوجية

لقد اتفق مسلك المقنن المصرى مع الفقه الإسلامى فى عدة أمور بالنسبة لنفقة الزوجية .

فمن جهة : يتفق القانون المصرى مع الفقه الإسلامى فى اعتبار نفقة الزوجية من آثار الزواج بل من أهم آثار الزواج وذلك لارتباطها وترتبها وقيامها وجوداً وعدماً على الزواج فحيث لا زواج فلا نفقة زوجية .

ومن جهة ثانية : كما اتفق القانون المصرى مع الفقه الإسلامى فى الاعتداد بنفقة الزوجية فى الآثار الشخصية للزواج لارتباطها بشخص الزوج والزوجة كما أن نفقة الزوجية لا تورث، ولا يطالب بها بدون زواج صحيح .

ومن جهة ثالثة : فقد اتفق القانون المصرى مع الفقه الإسلامى فى اعتبار النفقة الوقتية من آثار الزواج .

ولكن القانون المصرى قد خالف الفقه الإسلامى وذلك بإخضاعه نفقة الزوجية لقانون جنسية الزوج دائماً حتى ولو كان هذا القانون أجنبياً ولدولة غير مسلمة ، بيد أن الفقه الإسلامى (الجمهور منه) يرى خضوع نفقة الزوجية للشريعة الإسلامية متى كان الزوج مسلماً ومهما كانت الزوجة [مسلمة أو غير مسلمة] وكذلك فى الحالة التى يكون فيها زواج غير المسلمين صحيحاً حيث تجب نفقة الزوجية عن هذا الزواج إعمالاً لأحكام الشريعة الإسلامية وليس قانون أو ملة أو معتقد الزوجين ، وكذلك فى كل حالة من الأحوال التى يشاب فيها الزواج بين غير المسلمين بالفساد من الحالات التى أقرهم عليها الفقه الإسلامى كالزواج فى العدة أو بدون شهود ، وكذلك لا يقضى بالنفقة الزوجية إعمالاً لأحكام الشريعة الإسلامية فى الزواج الباطل الذى يتم بينهم بينما رأى الإمام أبو حنيفة أنه يقضى للزوجة بالنفقة عن هذه الزيجات الباطلة متى طلبت الزوجة من القاضى المسلم أن يحكم لها بنفقة زوجية إعمالاً لقانون أو ملة أو معتقد هؤلاء .

ومن هنا فإن المقنن المصرى مدعو إلى إعادة صياغة مثل هذه القواعد لتوافق أحكام الإسلام .

سادساً : الآثار المالية للزواج

إذا كان القانون المصرى قد أخضع الآثار المالية للزواج لقانون جنسية الزوج، فإن الفقه الإسلامى لا يعرف الآثار المالية للزواج تلك التى تعرفه بعض الأنظمة الغربية ولا يوجد لها مقابل فى الفقه الإسلامى .

المبحث الثالث
الاستثناء المقرر لصالح القانون المصرى فى آثار الزواج (1)

استثنى المقنن المصرى من عموم قاعدة آثار الزواج خاصة ومن جميع القواعد العامة بالزواج فرضاً نصَّ فيه على تطبيق القانون المصرى دائماً، فما هو مضمون ذلك الاستثناء وما هى شروط إعماله ؟ وما مبرراته ؟ ثم ما هو نطاقه ؟ وما المقصود بالقانون المصرى وما هى مآخذه ؟ وأجيب على هذه الأسئلة فى المطلبين التاليين :-

المطلب الأول

مضمون الاستثناء وشروطه ومبرراته .

وضع المقنن المصرى هذا الاستثناء وحدد مضمونه، وكرس له شروطاً، وهو مبرر فى نظره .

(1)د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – أصول تنازع ..... صـ234 وما بعدها، د/ هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال، د/ حفيظة الحداد – القانون .... صـ292 وما بعدها، د/ أحمد سلامه – مختصر قانون العلاقات .... صـ257 وما بعدها، ويعنون له بـ/ المجال المحجوز للقانون المصرى، د/ جمال الكردى – دروس فى القانون الدولى الخاص ..... صـ346 وما بعدها، د/ جابر عبد الرحمن – تنازع القوانين .... صـ324، د/ محمد كمال فهمى – أصول .... صـ551 وما بعدها

الفرع الأول

مضمون الاستثناء الماثل .

بعد أن حدد المقنن المصرى القانون الواجب تطبيقه على الزواج منذ إنشائه ومروراً بآثاره ثم لحوقاً بانقضائه وانتهائه، وذلك فى المادتين 12، 13 بفقرتيهما، إذا به ينص فى المادة 14 على أنه : " فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج، يسرى القانون المصرى وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج "، وبمقتضى هذه المادة يكفى أن يكون أحد الزوجين [الزوج أو الزوجة] مصرياً وقت انعقاد الزواج حتى يتم إعمال القانون المصرى على آثار الزواج، فإذا أصبح أحد الزوجين مصرياً بالتجنس بعد الزواج فإن هذا الحكم لا يكون له محل حيث إنه مرتبط بالمصرى لحظة انعقاد الزواج كذلك لا يكون هناك محلّ لإعمال الاستثناء الماثل إذا كان الزوج مصرياً وقت انعقاد الزواج حيث أن القانون المصرى هو الواجب تطبيقه ولكن طبقاً لأحكام المادة 1/13 السالفة البيان، والفرض هنا أن المادة الماثلة لا يتم إعمالها إلا حيث تكون الزوجة مصرية والزوج أجنبياً لحظة إبرام عقد الزواج[1] وقد تأثرت القوانين العربية بهذا الحكم وأذكر على سبيل المثال :- المادة 14 من القانون المدنى الليبى وبذات النص فى القانون المصرى .[2]

---

(1)د/ أحمد سلامه – المختصر .....صـ258، 259، د/ هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال، د/ حفيظة الحداد القانون ...... صـ293، د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – أصول .... صـ235، د/ جمال الكردى دروس .... صـ347، د/ محمد كمال فهمى – أصول صـ552

(2)انظر : د/ على على سليمان – شرح القانون الدولى الخاص الليبى .... صـ91 .

وبذات الحكم والنص جاءت المادة 14 من قانون المعاملات الإماراتى[1] وعلى مثله نصت المادة 5/19 من القانون المدنى العراقى[2]

الفرع الثانى

شروط إعمال الاستثناء الماثل .

المتأمل فى المادة 14 من القانون المدنى المصرى يجد أنه يلزم لإعمالها فى خصوص آثار الزواج ثلاثة شروط :-

الشرط الأول :- أن نكون بصدد أثر من آثار الزواج التى تخضع لنطاق المادة 1/13 .

وذلك بأن يكون موضوع التداعى أثراً من آثار الزواج الشخصية أو المالية وبشرط أن يكون هذا الأثر داخلاً فى النطاق المحدد لإعمال قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج والمنصوص عليها فى المادة 1/13 السالفة الذكر وقد سبق تحديد هذا النطاق، وذلك حيث إن ما يخرج عن نطاق المادة 1/13 يدخل فى نطاق القانون المصرى أصلاً وذلك كالاختصاص بالتكييف القانونى لآثار الزواج، أو الاختصاص القانونى بآثار الزواج على الجنسية التى تخضع للقانون المصرى، أو تخضع لقاعدة أخرى وتخرج من نطاق المادة 1/13، وذلك كأثر الزواج على الميراث الذى يخضع لقاعدة قانون المورث . فإذا خرج الأثر عن نطاق قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج، لم يكن للاستثناء الماثل معه شأن، حيث إن الاستثناء هذا قاصر

---

(1)انظر : د/ عكاشة عبد العال – دراسات فى القانون الدولى الخاص فى دولة الإمارات ..... صـ247 .

(2)د/ حسن الهداوى – تنازع القوانين وأحكامه فى القانون الدولى الخاص العراقى ...... صـ172، 173 .

على نطاق المادتين 12، 13 من القانون المدنى فقط ومرتبط بنطاق هاتين المادتين .

الشرط الثانى :- أن تكون الزوجة مصرية وقت انعقاد الزواج .

هذا الشرط يمثل الفرضية الوحيدة التى يمكن إعمال الاستثناء الماثل معها ، وهذا يعنى أن تكون الزوجة مصرية وقت انعقاد الزواج، فإذا ما أصبحت مصرية بعد انعقاد الزواج لم يكن للاستثناء الماثل معها سبيل، وإذا ما فقدت هذه الجنسية من بعد انعقاد الزواج فإن هذا الفقد لا يؤثر فى إعمال هذا الاستثناء حيث يسرى عليها أيضاً ، فإذا لم تكن الزوجة مصرية وقت انعقاد الزواج، أو أصبحت مصرية بعد انعقاد الزواج لم نكن بصدد إعمال الاستثناء الماثل .

الشرط الثالث :- أن يكون الزوج أجنبياً وقت انعقاد الزواج .

لأن الزوج إذا كان مصرياً وقت انعقاد الزواج فإن القانون المصرى سيكون هو الواجب تطبيقه طبقاً لقاعدة الإسناد المنصوص عليها بالمادة 1/13، فإذا ما أصبح الزوج مصرياً بعد انعقاد الزواج فلا يؤثر فى إعمال الاستثناء الماثل .

الفرع الثالث

مبررات هذا الاستثناء القانونى .

فى الواقع وجد ما يبرر هذا الاستثناء قانونياً وقضائياً وفقهياً .

المبرر القانونى : يستفاد من الأعمال التحضيرية للقانون المدنى أن سبب هذا الاستثناء هو الرغبة فى تلافى ما قد يترتب على قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج من اعتبار زواج المصرى المسلم صحيحاً وفقاً للقانون المصرى، وباطلاً وفقاً لقانون جنسية الزوجة الأجنبية ، وقد

وجد أنه من الملائم تطبيق نفس القاعدة بالنسبة لآثار الزواج ...... تحقيقاً للتجانس فى القانون الذى يحكم نظام الأسرة . (1)

وقد ذكر بعض الفقهاء أن هذه المادة تقرر قاعدة من القواعد ذات التطبيق الضرورى أو من قواعد البوليس والأمن (2) بينما قرر البعض أنه يبدو من تاريخ نص المادة 14 أن الاستثناء المقرر بها على هذا النحو قد أريد به عدم الفصل بين القانون الذى يحكم الشروط الموضوعية للزواج والقانون الذى يسرى على آثار الزواج فما دام القانون المصرى هو الواجب تطبيقه على الشروط الموضوعية للزواج فيما لو كانت الزوجة متمتعة بالجنسية المصرية وقت الزواج وفقاً لحكم المادة 14 فيكون من الخير أن يسرى هذا القانون على آثار الزواج . (3)

★ موقف القضاء المصرى

لقد تعامل القضاء مع هذا الاستثناء بسلاسة ويسر فقد قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية فى كثير من أحكامها بالقول : " وحيث إنه عن القانون الواجب التطبيق ولما كانت المادة 13 من القانون المدنى قد قضت ...... وقد استثنت المادة 14 من القانون المدنى من قاعدة الإسناد

---

(1)أشار إليها :د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – أصول ... صـ234، 235 ، ويتابعه د/جمال الكردى – دروس ..صـ346

(2)د/ أحمد سلامه – القواعد ذات التطبيق الضرورى وقواعد القانون العام فى القانون الدولى الخاص – دراسة تحليلية تطبيقية – دار النهضة العربية – القاهرة الطبعة الأولى 1985 – بند 42 صـ54 وما بعدها .

(3)د/ هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال، د/ حفيظة الحداد – القانون صـ295